Öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse

Ein Beitrag zum Problem der Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Hansischen Universität, Hamburg

vorgelegt von

JOACHIM BUSCH
Gerichtsreferendar in Hamburg

Hamburg 1939

Gutachter: Professor Dr. L a u n

Mitgutachter: Dozent Dr. I p s e n

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Februar 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck: Hansischer Gilden-Verlag, Hamburg 11, Admiralitätstraße 33/36

STOFFORDNUNG:

Seite

Einleitung .. 3

I. Teil: Das Problem der Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht in seiner gegenwärtigen Bedeutung .. 5

§ 1. Der Umbildungsprozeß im nationalsozialistischen Verwaltungsrecht .. 5

§ 2. Die Methode der Rechtsfindung .. 9

II. Teil: Der Tatbestand der Untersuchung .. 12

§ 3. Die typischen Fälle .. 12

§ 4. Die Abgrenzung des Tatbestandes .. 14

III. Teil: Die Subsumption des Tatbestandes unter eine Rechtsform .. 18

§ 5. Eine Enteignung liegt in keinem Falle öffentlichrechtlicher Verwahrung vor .. 18

§ 6. Die Anwendbarkeit der §§ 688 ff. BGB. auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse .. 20

§ 7. Die gesetzliche Haftung des Staates aus öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen .. 25

§ 8. Ist ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis der Verwahrung im öffentlichen Recht zulässig? .. 30

A. Zulässigkeit kraft Gewohnheitsrechts? .. 30

B. Die Zulässigkeit verneinende Ansichten .. 32

C. Eigene Stellungnahme .. 33

IV. Teil: Die rechtliche Regelung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse im einzelnen .. 39

§ 9. Haftungsmaßstab und -umfang .. 39

§ 10. Die Herausgabe der öffentlich verwahrten Sache .. 45

A. Die Herausgabepflicht der Behörde .. 45

B. Der Herausgabeanspruch des Berechtigten .. 47

§ 11. Zulässigkeit des Rechtswegs .. 50

§ 12. Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus staatshoheitsrechtlicher Haftung und öffentlichrechtlichem vertragsähnlichen Verwahrungsverhältnis? 53

Schluß .. 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0112

EINLEITUNG.

Während die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts ihren Niederschlag in einem umfangreichen Gesetzbuch gefunden haben, ist das Verwaltungsrecht, dies „jüngste Kind der neueren Rechtswissenschaft[1]" nicht in solch glücklicher Lage. Es ist in zahllosen Einzelgesetzen niedergelegt, in denen nur hier und da ein Satz von allgemeiner Gültigkeit sich findet. Soweit Rechtsvorschriften weder in der Gesetzgebung noch im Gewohnheitsrecht vorhanden sind, fällt der Wissenschaft und der Rechtsprechung die Aufgabe zu, für konkrete Verhältnisse, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt ist, ein auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittenes besonderes Recht zu schaffen. Dieses Gebiet, das wir mit unserer Untersuchung betreten, ist immer noch „wissenschaftlicher Urwald[2]". Obwohl schon eine große Anzahl von Einzelarbeiten[3] vorliegt, können doch nur wenige Grundsätze des Verwaltungsrechts als allgemein anerkannt gelten. In der Praxis der Gerichte zeichnet sich dagegen seit der Bildung eines öffentlichen Rechts eine bestimmte Entwicklung ab: Nachdem anfangs die Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung überwiegend nach bürgerlichem Recht entschieden worden waren[4], erkannte man in der Folgezeit, daß das Privatrecht nicht immer „das richtige Recht[5]" darstelle, und da andererseits fertig ausgebildete, das Verhältnis in seiner Gesamtheit erfassende besondere gesetzliche Vorschriften fehlten, löste sich die Rechtsprechung aus ihren bisherigen zivilrechtlichen Bahnen und schuf den bürgerlichrechtlichen Normen entsprechende selbständige öffentliche Rechtsgrundsätze.

Bereits 1911 hat Fleiner auf diese „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht[6]" als einen in voller Entwicklung befindlichen Vorgang hingewiesen. In heutiger Zeit verdienen diese Gebilde der Lückenergänzung im Verwaltungsrecht in zweifacher Hinsicht eine erhöhte Beachtung:

Einmal hat die Entwicklung heute einen gewissen Abschluß erreicht. In Fleiners[7] und Otto Mayers[8] Lehrbüchern des Verwaltungsrechts ist sie als abgeschlossener historischer Vorgang dargestellt. Im Rechtsleben sind

---

1 Apelt, a. a. O. S. 1.

2 Giese-Neuwiehm-Cahn, a. a. O. S. 106.

3 Vgl. z. B. Jellinek, a. a. O., vor § 3 und aus neuerer Zeit insbesondere die Untersuchungen von K. H. Schmidt und Nolting.

4 Siehe Fleiners Darstellung der „Fiskustheorie", Institutionen S. 33 ff.

5 Fleiner, a. a. O. S. 41.

6 Zürcher Rektoratsrede, insbesondere S. 23.

7 § 3.

8 §§ 3—5.

ihre Ergebnisse zu festen Begriffen geworden; man redet von einem öffentlichrechtlichen Institut öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse, einer öffentlichrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag[9].

Und doch sind diese Rechtsfiguren immer problematisch geblieben, ist ihre Berechtigung immer wieder Gegenstand des Streits geworden, so daß eine Nachprüfung der Entwicklung geboten erscheint.

Mit dieser Nachprüfung muß sich jedoch zugleich eine Neuorientierung verbinden: Im Zuge der nationalsozialistischen Erneuerung des Verwaltungsrechts ist die Rechtsstellung des einzelnen gegenüber dem Staat verändert, ist die Trennung in zwei Rechtssphären, die des öffentlichen und des privaten Rechts, ins Wanken geraten[10]; damit ist aber auch die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht in ein neues Stadium getreten.

Diese in der Rechtsentwicklung begründete Problematik ergibt den allgemeinen Rahmen, innerhalb dessen wir uns im folgenden den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen als „Schulbeispiel[11]" eines Umbildungsprozesses zuwenden. Von der angedeuteten allgemeinen Rechtsentwicklung aus soll dieses Rechtsverhältnis in seiner Besonderheit erfaßt werden. Der Weg unserer Untersuchung ist damit zu einem gewissen Grade vorgezeichnet durch die Aufgabe der Neuorientierung in einer beginnenden und der Nachprüfung einer abgeschlossenen Entwicklung[12].

---

[9] Siehe hierüber die Zusammenstellung von Schack im RVBl., Bd. 55, S. 221.

[10] Frank, Verwaltungsrecht, siehe z. B. S. 30, 44, 153, 312, 333.

[11] Schack im RVBl., Bd. 56, S. 189 ff.

[12] Dieser Aufbau entspricht der heutigen typischen Fragestellung im öffentlichen Recht. Während im Privatrecht immer noch an erster Stelle die richterliche Fallentscheidung steht, ist für die Wissenschaft des öffentlichen Rechts das Verhältnis heute ein anderes. Neben die richterliche Tätigkeit tritt die Tätigkeit der Verwaltung. Vor beide aber die rechtspolitische Fortbildung und die Übermittlung der Einsicht in die Forderungen des staatlichen Lebens und die sich aus ihnen ergebenden Folgerungen für die Fortbildung des öffentlichen Rechts der Zukunft. Der allgemeine Ideengehalt des öffentlichen Rechts erlangt dadurch eine ganz besonders unmittelbare Bedeutung. Zutreffend Heck, Begriffsbildung, S. 18 Anm. 1.

1. Teil:

Das Problem der Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht in seiner gegenwärtigen Bedeutung.

§ 1.

Der Umbildungsprozeß im nationalsozialistischen Verwaltungsrecht.

I. Das nationalsozialistische Verwaltungsrecht hat zu einer Problematik eigener Art geführt, die sich in folgende, immer mehr in den Vordergrund tretende Frage[1] zusammenfassen läßt:

Wie weit hat die nationalsozialistische Revolution nun tatsächlich überlieferte Institute des bisherigen Rechts in ihren Erscheinungsformen und in ihrem Wesen ergriffen, und sie trotz äußeren Fortbestehens im Geiste der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung bereits entscheidend beeinflußt?

Diese Frage beherrscht das gegenwärtige Polizeirecht[2], sie wird im Recht der öffentlichen Anstalt erörtert[3], sie erhebt sich auch in jenen Fällen der Lückenausfüllung im Verwaltungsrecht, die Gegenstand unserer Untersuchung sind. Gerade diese Fälle sind von besonderem Interesse, da sie in jenem Gebiet der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht liegen, das in erster Linie dem neuen Rechtsdenken als Angriffsfläche gedient hat. Unter den Parolen „Kampf gegen die Scheidung in öffentliches und privates Recht" und „Kampf gegen das Staats-Untertanenverhältnis" hat sich der Einbruch nationalsozialistischer Rechtsgedanken vollzogen und heute zu einer Lage geführt, die typisch für das Verwaltungsrecht überhaupt ist. Die Rechtsbegriffe des bisherigen Verwaltungsrechts leben auch heute noch fort. Die Begriffe „öffentliches" und „privates" Recht bestehen nach wie vor[4] genau wie z. B. in anderen Teilgebieten des Verwaltungsrechts die Begriffe „Gewerbefreiheit", „Anstaltsgewalt" oder die Norm des § 14 PVG. Hinter diesen Begriffen aber steht heute eine neue Rechtsauffassung[5]; von dieser veränderten Grundauffassung aus betrachtet beginnt sich mit den Normen und Begriffen des bisherigen Rechts ein neuer Inhalt zu verbinden. In schwer bestimmbarer Form vollzieht sich auf diese Weise eine Wand-

---

1 Ule, RVBl. 34, 649 ff., Koellreutter, DJZ. 34, 625.

2 Hier in aller Schärfe von Best gestellt, siehe Deutsches Recht, 38, 224.

3 Siehe Ule, a. a. O.

4 RGZ. 153, 1 ff.; vgl. auch die bei Nolting, a. a. O., S. 11 zu Anm. 10 angeführte Literaturübersicht und Weber in ZAR. 37, 363.

5 Vgl. z. B. bezüglich des Begriffs der Gewerbefreiheit das Urteil des thüringischen OVG. v. 4. 3. 36, DVerwBl. 1936, S. 239 und die bei Frank, S. 39, Anm. 31 angeführte Literatur.

lung im Verwaltungsrecht, deren praktische Auswirkung heute kaum in ihren wirklichen Ausmaßen eingeschätzt werden kann.

II. Die neue Rechtsauffassung, die sich in der Frage der Grenzziehung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht gebildet hat, geht aus von der Erkenntnis, daß gerade das Verwaltungsrecht in besonderem Maße „eine Funktion der Politik[6]" ist. Die innerpolitische Geschichte Deutschlands ist bis 1933 durch das politische Postulat bestimmt: Freiheit des Untertanen vor den Eingriffen der übergeordneten Staatsgewalt! Der Fürst suchte seine Freiheiten zu erweitern gegenüber dem Kaiser, der Untertan gegenüber dem Landesherrn, der Bürger gegenüber der Polizeigewalt und schließlich als Endglied dieser Entwicklung das Individuum gegenüber dem Staat als abstrakter Rechtsperson. Dieser Geisteshaltung entsprach in der Rechtslehre die allgemeine Anschauung, daß die Aufgabe des Verwaltungsrechts lediglich in der „Ordnung des Verhältnisses der öffentlichen Gewalt zum Untertanen[7]", der „Regelung der Beziehungen des einzelnen zum übergeordneten Staat[8]" bestehe. Als Grundgedanke spricht aus diesen Formulierungen die Anschauung, daß es sich allein um eine Rechtsbeziehung, ein bloßes Gegeneinander von Rechten und Pflichten zwischen zwei Rechtssubjekten handle. Damit ist dieses Verhältnis aber auch schon seiner allgemeinen rechtlichen Natur festgelegt. Es handelt sich um dieselbe grundsätzlich gleichberechtigte Kampfstellung, wie sie dem Zivilrecht eigentümlich ist. Otto Mayer[9] stellt mit Recht fest, daß bereits das Verwaltungsrecht des Patrimonialstaates „innerlich gestaltet ist nach dem Vorbild des Zivilrechts". In gleichem Maße, wie sich in der Folgezeit mit dem Anwachsen der Staatsgewalt ein eigentliches Verwaltungsrecht, gekennzeichnet durch das Verhältnis der Über- und Unterordnung, herausbildete, verstärkte sich das Bestreben des Untertanen nach Einrichtungen, die ihm den bisherigen Rechtsschutz auch weiterhin gegen die öffentliche Gewalt garantierten. Diesem Bedürfnis wurde aber auf das einfachste dadurch entsprochen, daß durch die privatrechtliche Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses der Rechtsweg eröffnet wurde. Im Verlaufe dieser Entwicklung, deren einzelne Phasen bereits Fleiner und Otto Mayer eingehend dargestellt haben[10], zog sich die Grenze zugunsten des Zivilrechts über Gebiete hin, die eigentlich dem Verwaltungsrecht hätten zufallen müssen. Aber auch in den Fällen, in denen das Verwaltungsrecht durch öffentlichrechtliche Umformung zivilrechtlicher Normen Raum zurückgewann, behauptete sich, begünstigt durch die liberalistische Geisteshaltung, die zivilrechtliche Denkweise.

III. Das typische Beispiel einer solchen Entwicklung stellt die Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen dar (häufigster Fall: das durch eine Beschlagnahme entstandene „Verwah-

---

[6] Siehe Frank, S. XI, Köttgen, S. 15, 16, Höhn-Maunz-Swoboda, S. 3: „Das individualistische Rechtssystem (ein System der Beziehungen zwischen Individuen) ist aus der allgemeinen Geschichtsentwicklung zu verstehen"; siehe insbes. S. 4.

[7] Otto Mayer, VerwR. S. 23.

[8] Jellinek, VerwR. S. 77.

[9] Otto Mayer, a. a. O. S. 28.

[10] Siehe Einleitung, Anm. 7 und 8.

rungs"-verhältnis). In der konstruktiven Behandlung dieser Rechtsverhältnisse sind im wesentlichen drei Auffassungen vertreten worden: Einige der ersten zu diesen Fällen ergangenen Entscheidungen fassen das Verhältnis zwischen Staat und dem von der Beschlagnahme Betroffenen als einen privatrechtlichen Verwahrungsvertrag auf[11]. Eine zweite Ansicht hat ihren Ausgangspunkt in gemeinrechtlichen Anschauungen; man erkannte, daß die Anordnung z. B. einer Beschlagnahme den „Charakter einer Handlung der Staatsgewalt[12]" trage, daß daneben aber die Ausführung der Anordnung auch eine privatrechtliche Seite habe, und zwar werde ein „vertragsähnliches[13]", privatrechtliches Band zwischen Staat und dem einzelnen geknüpft, auf das die Vorschriften der §§ 688 ff. BGB. rechtsähnlich anzuwenden seien[14]. Von dieser, immer noch ganz ausgesprochen zivilistischen Einstellung ist das Reichsgericht endgültig erst im Jahre 1927[15] abgewichen. Seit dieser Zeit geht die Rechtsprechung von dem Gedanken aus, daß nicht die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Verwahrung „sinngemäß" anzuwenden seien, vielmehr sei der in ihnen zum Ausdruck gelangte allgemeine Rechtsgedanke als ein Teil des öffentlichen Rechts anwendbar.

IV. Noch für Fleiner, den typischen Vertreter des bisherigen Verwaltungsrechts, handelte es sich bei dieser Rechtsentwicklung „lediglich" um eine Verwendung von Rechtsformen, die dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht gemeinsam seien[16]. Zweifelhaft erschien weniger die Existenzberechtigung dieser Rechtsformen, als vielmehr ihre konstruktive Begründung.

Vom Standpunkt der heutigen Verwaltungsrechtswissenschaft aus ist bereits die „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht" als solche in Frage gestellt. Welchen Inhalt soll denn beispielsweise der „allgemeine, in den §§ 688 ff. BGB. ausgeprägte Rechtsgedanke" eigentlich haben? Worin liegt das Gemeinsame privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse, das zu einer Zusammenfassung beider unter einen Rechtsgedanken berechtigt?

Sollte sich ergeben, daß die Gemeinsamkeit allein im gleichen Begriff ruht, so würde es sich um einen jener Fälle handeln, in denen die positi-

---

11 Siehe insbesondere OAG. zu Berlin vom 30. 3. 1871 in Seuff. A., Bd. 26, Nr. 34. Die Möglichkeit eines stillschweigend geschlossenen privatrechtlichen Vertrages bejaht das RG. zuletzt in RGZ. 51, 220.

12 RGZ. 51, 220.

13 Ausdrücklich von einem Quasikontrakt im Sinne des Gemeinen Rechts gehen aus RG. in Bolze, Bd. 3, S. 93, Nr. 311; RGZ. 48, 205; RG. in Seuff. A. 57, Nr. 61; RGZ. 67, 740.

14 Insbesondere auf den Gebieten der Beschlagnahme und der Aufbewahrung zollpflichtiger Gegenstände in den Niederlagen der Zollbehörden ergingen folgende Entscheidungen: RG. in Warn. Rspr. 1908, Nr. 305; Seuff. A., Bd. 58, Nr. 61; Recht 1916, Nr. 433; Recht 1920, Nr. 1508; Recht 1923, Nr. 194; RGZ. 48, 255; 51, 219; 84, 388; 99, 283; OLG. Hamburg in HansGZ. 1907, Beibl. Nr. 52; Seuff. A. 65, 100; JW. 1912, 381; HansGZ., Beibl. 1920, 163; OLG. Kiel in JW. 1920, S. 790, Nr. 3; Schlesw.-Holst. Anz. 22, 182; BayOLG. in BOLG. 22, 134.

15 RGZ. 115, 419; siehe aber schon vorher vereinzelt ebenso RG. in Warn. Rspr. 1921, Nr. 1; RG. in Seuff. A. 80, S. 142; jetzt ständige Rechtsprechung siehe RGZ. 138, 40.

16 Institutionen S. 57.

vistische Rechtsauffassung trotz ihrer grundsätzlichen Überwindung noch fortlebt.

Die oben skizzierte historische Entwicklung begründet jedoch die Vermutung, daß das tertium comparationis in der Gleichheit der Interessenlage zu suchen ist. Für eine Aufspaltung öffentlichrechtlicher Verhältnisse in Interessengegensätze, wie sie dem Privatrecht typischerweise entspricht, ist nach heutiger Rechtsauffassung jedoch grundsätzlich kein Raum mehr. Wie Frank[17] treffend ausführt, würde damit „die Grundeinstellung der Verwaltung auf das Gesamtinteresse im Ergebnis preisgegeben werden".

Unserer Untersuchung ist damit die entscheidende Frage gestellt, wieweit die in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze über öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse in Einklang stehen mit dem Gemeinschaftsprinzip, dem Angelpunkt der grundlegenden Neuorientierung in der wissenschaftlichen Systematik[18].

V. Der Anlaß dieser Auseinandersetzung ist — was noch einmal hervorgehoben sei — die Erkenntnis, daß die Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen historisch durch das „individualistische System" bedingt ist. — Welche Bedeutung dem Zivilrecht an sich für das öffentliche Recht, insbesondere für die Lückenergänzung im öffentlichen Recht, zukommt, ist eine andere Frage. Nicht nur das öffentliche Recht, sondern alles Recht schlechthin wird heute auf die Gemeinschaft bezogen[19]. Von dieser Einheitsauffassung aller Rechtsverhältnisse aus wird zutreffend von einer „öffentlichrechtlichen Umformung des Privatrechts" gesprochen[20]. Werden in diesem Sinne Rechtsgedanken aus dem Zivilrecht in das öffentliche Recht übertragen, so wird gegen dieses Verfahren nichts einzuwenden sein von dem grundlegenden Standpunkt aus, daß es nicht „auf die Sicherung der Paragraphenanwendung, sondern vor allem auf die Sicherung des Volkslebens" ankommt[21].

Aus dogmatischen Gründen wird jedoch in der Rechtslehre heute erbitterter denn je um die Frage gestritten, ob und in welcher Form eine Übertragung zivilrechtlicher Rechtssätze auf das öffentliche Recht zulässig ist. Da von der Stellungnahme zu dieser Frage der Gang dieser wie jeder anderen Untersuchung über die sogenannte Lückenausfüllung im öffentlichen Recht abhängt, ist zunächst auf diesen Streit einzugehen.

---

17 VerwR. S. 8.

18 Höhn-Maunz-Swoboda, a. a. O. S. 4: „Das Prinzip der Gemeinschaft verlangt für die wissenschaftliche Systematik eine grundlegende Neuorientierung. Eine solche Auseinandersetzung setzt aber voraus, daß man die historische Bedingtheit des individualistischen Systems erkennt ..."

19 Vgl. Hein in ZAR. 37, 207.

20 Hein, a. a. O.; siehe auch Höhn-Maunz-Swoboda, a. a. O. S. 91. Zugrunde liegt dieser Auffassung der alte germanische Gedanke der „Einheit alles Rechts", siehe hierüber O. v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 12 ff.

21 Frank, in seiner Rede auf dem Nürnberger Parteitag am 9. September 1934, Deutsches Recht 34, 425 ff.

§ 2.

Die Methode der Rechtsgewinnung.

I. Die Auffassung des Reichsgerichts zur Methode der Lückenergänzung im öffentlichen Recht gründet sich auf die denkwürdige Entscheidung vom Jahre 1919[1], in der die Übertragbarkeit der „sozialen Schutzbestimmung" des § 618 BGB. auf das Beamtenverhältnis geprüft und bejaht worden ist. Das RG. hat in dieser Entscheidung folgende methodische Grundsätze niedergelegt:

„Der Richter schöpft ... aus Natur und Inhalt des Beamtenverhältnisses eine öffentliche Rechtsregel, die auf einem allgemeinen Rechtsgedanken fußt, der, wie er für das Privatrecht in § 618 BGB. ausgeprägt ist, so in der Ausfüllung einer Lücke des positiven öffentlichen Rechts auch das öffentlichrechtliche Beamtenverhältnis beherrschen muß. Hier wird also nicht der § 618 angewendet, sondern der § 618 ist nur ein auf anderem Rechtsgebiete gefundener Beleg für das Vorhandensein und die Notwendigkeit des allgemeinen Rechtsgedankens, den der Richter selbstschöpferisch in das öffentliche Recht einführt und nach dessen inneren Eigenarten und Erfordernissen, also unabhängig von dem Inhalt des § 618, entwickelt, begrenzt und anwendet".

Hinsichtlich der Übertragung der §§ 688 ff. BGB. in das öffentliche Recht hat das RG. diese „Methode" erst erheblich später, nämlich erst 1925 angewandt.

II. Die Wissenschaft tritt dieser Auffassung des RG. zum größten Teil kritisch entgegen. So urteilt z. B. Hedemann[2], daß das RG. eine „seltsame Bahn halber Analogie und halber Selbständigkeit" eingeschlagen habe. Heck[3] weist darauf hin, daß das vom RG. eingeschlagene Verfahren trotz alles Protestes methodologisch als Analogie bezeichnet werden müsse.

Ob die vom RG. entwickelten allgemeinen Rechtsgedanken, wie sie hier in dem Institut des „öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisses" in Frage stehen, Bestand haben, wird in diesem wie in allen Fällen nur eine methodische, auf konkrete Beispiele bezogene Untersuchung ergeben können.

Dabei wird zunächst zu prüfen sein, ob ein bestimmt abgegrenzter Tatbestand unter eine gesetzliche Vorschrift fällt. Wenn festgestellt ist, daß eine Lücke vorliegt, d. h. ein Tatbestand, der zwar schutzbedürftig, aber durch Gesetzesvorschriften überhaupt nicht oder nicht angemessen behandelt ist, so erhebt sich für den weiteren Gang der Untersuchung die grundsätzliche und heftig umstrittene Frage: Ist nun zunächst zu prüfen, wieweit die Lücke im Wege der Analogie zu schließen ist, oder ist eine Analogie in der Lückenausfüllung des öffentlichen Rechts überhaupt unzulässig?

Gegen eine Heranziehung zivilrechtlicher Normen im Wege der Analogie wandten sich im bisherigen Verwaltungsrecht insbesondere Otto

---

1 RGZ. 97, 43.
2 Generalklausel, S. 43.
3 Heck, Schuldrecht, § 3 Nr. 4, wie Heck; Giese, Maßnahmen, S. 173.

Mayer[4] und Fleiner[5]. Nach ihrer Ansicht führt das Verwaltungsrecht gegenüber dem Zivilrecht ein selbständiges Leben; Lücken im Verwaltungsrecht könnten daher nur durch Regeln ausgefüllt werden, die unmittelbar dem Gedankenkreis des öffentlichen Rechts entstammten.

Die strenge Trennung der Rechtsgebiete des öffentlichen und privaten Rechts, von der Mayer und Fleiner ausgehen, entspricht jedoch nicht mehr der heutigen Auffassung. Weiter verkennen Mayer und Fleiner, daß es nicht darauf ankommt, ob von einer „Rechtsähnlichkeit" zwischen Rechtssätzen des öffentlichen und bürgerlichen Rechts die Rede sein könne, sondern ob die zugrunde liegenden Tatbestände sich entsprechen. In diesem Punkt setzt nun im gegenwärtigen Verwaltungsrecht eine neue Lehre ein, die praktisch dem Ergebnis Otto Mayers und Fleiners nahekommt. Im Anschluß an Carl Schmitts Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" geht diese Lehre davon aus, daß das Recht in den Ordnungen der Gemeinschaft bestehe, in die das Volk gegliedert sei[6]. Recht sei nicht ein ordnender Befehl, sondern ein geordneter Zustand. Aus ihm erst seien die Rechtsregeln zu entnehmen, nicht umgekehrt[7]. Diese Meinung richtet ihre Spitze gegen die Interessenjurisprudenz[8]: Beim Ordnungsdenken handle es sich um eine echte Rechtsquellenlehre; die Interessenjurisprudenz dagegen sei nur eine „Rechtsanwendungslehre".

Vom Ordnungsdenken aus gesehen würden also z. B. die Fälle der öffentlich-rechtlichen Verwahrung kein Problem bieten, da, wie Maunz ausführt, die Verwaltung nicht auf geformte Regeln angewiesen ist, sondern auch ohne sie nicht minder ordnungsgemäß handle.

Bedenken gegen diese Ansicht ergeben sich jedoch daraus, daß die Wirklichkeit nicht immer schon konkrete Ordnung ist. Wie Mezger[9] mit Recht einwendet, würde es in solch idealen Zuständen, von denen das Ordnungsdenken ausgeht, eines Rechts gar nicht bedürfen. Gerade in „Konfliktsfällen", die nicht unter das Gesetz fallen, fragt sich, welches Recht nun als verpflichtende Ordnung gegenüber einer der Ordnung widerstrebenden Welt aufzustellen ist.

Die Entscheidung darf der Richter nach der Lehre der Interessenjurisprudenz nicht ohne weiteres nach seiner freien Eigenwertung, bzw. nach dem, was er als Ordnung ansieht, fällen[10]. Der Richter hat sich vielmehr zunächst nach verwandten, im Gesetz entschiedenen Tatbeständen umzusehen. Aus einem oder mehreren gleichartigen Gesetzesfällen wird unter Ausscheidung minder wesentlicher Tatbestandsmerkmale der

---

4 VerwR., 3. Aufl. I, 117.
5 Institutionen, S. 56.
6 Maunz, Verwaltung, S. 19.
7 Maunz, a. a. O., S. 39.
8 Frank, VerwR. S. 44 „Der neue Methodenstreit".
9 ZAR. 37, 417.
10 Hinsichtlich des folgenden vgl. Hildebrandt, Rechtsfindung, S. 42 ff. und 86 ff., sowie dort angeführte Quellen; eingehend auch K. H. Schmitt, a. a. O. S. 104 ff. Die h. M. im Verwaltungsrecht ist für die Lückenausfüllung im Wege der Analogie, siehe den Überblick bei Nolting, a. a. O. S. 13.

Grundgedanke herauszuschälen sein, um ihn auf den gegebenen Tatbestand zu übertragen[11].

Erst wenn feststeht, daß eine gesetzliche Wertung auf den Lückenfall nicht zutrifft, wird der Richter aus dem gegenwärtig herrschenden Richtigkeitsempfinden heraus selber das Recht zu finden haben. In diesem Falle wird auf die Anregungen des Ordnungsdenkens ohne Bedenken einzugehen sein.

III. Diese Gesichtspunkte sind in der in erster Linie von praktischen Erwägungen ausgehenden und in vielerlei zeitgebundenen rechtspolitischen Anschauungen befangenen Rechtssprechung niemals hervorgetreten. Es ist sogar anzunehmen, daß das Reichsgericht methodologische Erwägungen bewußt der Rechtswissenschaft zur Austragung überlassen hat und aus diesem Grunde auch nur zur Theorie des allgemeinen Rechtsgedankens gegriffen hat, um so Bedenken gegen einen Analogieschluß von dem privaten in das öffentliche Recht zu entgehen[12] [13].

---

11 Heck, Rechtsgewinnung S. 30 spricht von „abhängiger Gebotsergänzung"; Hildebrandt, a. a. O. von „Fernwirkung des Gesetzes".

12 Siehe K. H. Schmitt, a. a. O. S. 35 Anm. 94.

13 Daß dem Hinweis auf das „öffentliche Interesse" der von der Rechtsprechung jedem in das öffentliche Recht übertragenen allgemeinen Rechtsgedanken als beschränkende Klausel angehängt wird, keine tiefere Bedeutung zukommt, bedarf nach den eingehenden Erörterungen K. H. Schmitts a. a. O. S. 52 ff. keines weiteren Eingehens mehr; vgl. auch Weigert, a. a. O. S. 308.

2. Teil:

Der Tatbestand der Untersuchung.

§ 3.

Die typischen Fälle.

I. Wann ein öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis vorliegt, ist eine Frage, die in der Rechtswissenschaft bisher noch nicht in ihrer Gesamtheit behandelt ist und in der Rechtsprechung naturgemäß nur von Fall zu Fall geprüft werden konnte. Abweichungen in der rechtlichen Beurteilung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß die Gleichheit ihrer rechtlich erheblichen Tatsachen nicht erkannt worden ist. So wertet z. B. Brand[1] die Verwahrung des Versteigerungserlöses nicht als öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis; Friedrichs[2] hingegen führt unter zahlreichen Beispielen auch die Verwahrung von Pfandstücken in der Pfandkammer des Gerichtsvollziehers als öffentliche Verwahrung an, erstreckt diesen Begriff aber nicht auf die Aufbewahrung von Sachen, die Beamte, Schüler usw. bei ihrer Tätigkeit ablegen[3].

Die Fälle, in denen man von einer öffentlichrechtlichen Verwahrung sprechen kann, mit andern Worten der Tatbestand dieser Untersuchung, sind daher zunächst in bestimmter Form abzugrenzen. Das kann nur dadurch geschehen, daß diejenigen Begriffe, die für ein öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis wesentlich sind, bestimmt werden, und so ein Maßstab gewonnen wird, mit dem sich alle noch unbestimmt gebliebenen Verhältnisse werden messen lassen[4]. Die Feststellung dieser gemeinsamen Begriffsmerkmale dürfte sich am ehesten aus einer Betrachtung der typischen Fälle öffentlicher Verwahrung ergeben.

II. Als typisch öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse sind eine Reihe von Tatbeständen zu nennen, die im Schrifttum zum Teil[5] als die einzigen Fälle öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse aufgezählt werden. Es handelt sich am häufigsten um jene Verhältnisse, die durch eine der zahlreichen Arten der Beschlagnahme entstanden sind; ferner die Ablieferung von Sachen an die Zollbehörde; die Fälle, daß Gegenstände zur Desinfektion in einer amtlichen Entseuchungsanstalt oder einem Strafgefangenen im Gefängnis abgenommen werden; weiterhin sind hier die Fälle zu nennen, daß im polizeilichen Fundbüro Sachen, beim Grund-

---

[1] Beamtenrecht, S. 579.

[2] Schadensersatzansprüche, S. 17.

[3] A. a. O. S. 113.

[4] Den gleichen Weg schlägt auch Apelt (a. a. O.) bei der Begriffsbestimmung des öffentlichrechtlichen Vertrages ein. Siehe über die Gründe, die allgemein für und gegen diese Methode sprechen, a. a. O. S. 21 Anm. 1.

[5] So Arnswaldt und Weigert, a. a. O.

buchamt Hypotheken und Grundschuldbriefe verwahrt werden, daß Geschäftsbücher, Zeugnisse, Familienstammbücher und sonstige Urkunden als Beweis- oder Glaubhaftmachungsmittel dem Gericht oder einer anderen Behörde übergeben werden.

Das Gemeinsame all dieser Fälle sieht Weigert[6] darin, „daß eine Privatperson in Befolgung einer obrigkeitlichen Anordnung den Besitz einer Sache aufgibt, um sie der Behörde auszuliefern, die den Gegenstand zur Erfüllung staatlicher Interessen — meistens auf Zeit — in Verwahrung nimmt".

Weigerts Definition der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse ist aus mehreren Gründen ungenau. Als wesentliches Merkmal ist in erster Linie hervorzuheben, daß es sich um nach natürlicher Anschauung verwahrungsartige Verhältnisse handelt. Diesen Gedanken verfolgt auch Weigert, indem er von einer Besitzaufgabe — meist auf Zeit — spricht. Eine Verwahrung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Besitzaufgabe an einer Sache nicht „meist", sondern „nur" für eine gewisse Zeit erfolgt. Die Rückgabe der Sache ist in dem Begriff der Verwahrung enthalten; in dem Herausgabeanspruch gemäß § 695 BGB. wird daher auch fast ausnahmslos zwingendes Recht gesehen[7].

Von einer Verwahrung ist allerdings auch dann zu sprechen, wenn vom Augenblick der Besitzerfassung an eine Zeitlang unbestimmt ist, ob eine Rückübertragung erfolgen wird, sofern sie nur im Bereich der Wahrscheinlichkeit liegt. In diesem Sinne spricht das BGB. z. B. auch beim Besitz des Pfandgläubigers, § 1215 BGB., und Finders, § 966 Abs. 1 BGB., von einer Verwahrung. Der gleiche Zustand ergibt sich für gewöhnlich bei einer Beschlagnahme. Sie stellt eine amtliche Verfügungsgewalt „von vorläufiger Dauer[8]" her; das endgültige Schicksal der Sache bestimmt die der Beschlagnahme nachfolgende Maßnahme, z. B. die strafrichterliche Herausgabeentscheidung und Beschlagnahmeaufhebungsbeschluß, oder polizeiliche oder Strafeinziehung, Konfiskation im Zollverfahren usw. Der durch die Beschlagnahme herbeigeführte vorläufige Zustand ist stets als ein verwahrungsartiger zu bezeichnen. So spricht z. B. auch § 94 StPO. ausdrücklich von einer Verwahrung der beschlagnahmten Gegenstände (vgl. auch § 443 ZPO.).

Das Besondere der hier zu behandelnden Verwahrungsfälle und damit das zweite Kriterium liegt in der Art der Entstehung dieser Verwahrungsverhältnisse: der Staat erlangt den Gewahrsam über die Sachen stets entweder unmittelbar kraft seiner öffentlichen Gewalt, so z. B. durch einen Staatshoheitsakt wie die Beschlagnahme[9] oder doch wenigstens zwecks Ausübung seiner öffentlichen Gewalt (wie bei der Herbeiziehung von Urkunden zu den Gerichtsakten).

III. Faßt man das Ergebnis nach Art der Weigertschen Definition zusammen, so handelt es sich bei den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen um solche Verhältnisse, die nach natürlicher Anschauung

---

6 A. a. O. S. 33.
7 Staudinger, zu § 695 BGB. Anm. 1.
8 Schewe, Konfiskation, S. 43.
9 Nur diesen Fall hat Weigert im Auge.

als verwahrungsartig zu bezeichnen sind, und die auf Grund oder in notwendigem Zusammenhang eines zwischen dem Staat und einem Dritten bestehenden öffentlichrechtlichen Verhältnisses, also als öffentlichrechtliche Nebenwirkung entstanden sind[10].

§ 4.

Die Abgrenzung des Tatbestandes.

Die Frage ist, ob ein öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis auch dann vorliegt, wenn z. B. während der Benutzung oder des Besuches öffentlicher Anstalten Sachen abgegeben oder zeitweilig dagelassen, auf jeden Fall aber der Obhut des Benutzers oder Besuchers entzogen werden, oder wenn von Beamten in ihre Diensträume eingebrachte Gegenstände dort während der Dienststunden verbleiben, ohne daß es dem Beamten möglich ist, auf seine Sachen selbst zu achten.

Voranzuschicken ist, daß eine Beantwortung dieser Frage letztlich immer nur im Hinblick auf die besondere Sachlage des Einzelfalles möglich ist. Das schließt aber nicht aus, auf die allgemeinen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine öffentlichrechtliche Verwahrung auch in den obengenannten Fällen anzunehmen ist, näher einzugehen.

I. Geht man mit dem Gesetzgeber des BGB. („eine ihm übergebene Sache", § 688 BGB.) davon aus, daß der Begriff der Verwahrung einen Besitzübergang voraussetzt, so käme in der Mehrzahl der hier zu erörternden Fälle eine öffentlichrechtliche Verwahrung allerdings nicht in Frage[1]. So behält z. B. der Polizeibeamte, der seinen Zivilrock in den von der Behörde zur Verfügung gestellten Schrank hängt und im Dienstanzug die Streife antritt, zweifellos den Besitz an seiner Ziviljacke. Und doch ist in diesem Fall eine äußere Lage entstanden, die fraglich erscheinen läßt, ob nicht etwa eine gewisse Obhutspflicht an der „unbewachten" Sache zu bejahen ist, ob nicht z. B. der Staat einen verschließbaren Schrank bereitzustellen hat. Das sind aber Erwägungen, wie sie einer Verwahrung eigentümlich sind. Der Begriff der Verwahrung ist daher nicht von einer Besitzübergabe abhängig zu machen, sondern auch schon dann nahegelegt, wenn lediglich eine „Bewachungslage" entsteht[2].

II. Eine Bewachungslage stellt sich unserer Definition gemäß nur dann als ein öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis dar, wenn sie als notwendige Nebenwirkung eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses entstanden ist.

a) Zu prüfen ist zunächst, ob zwischen Staat und Einzelnem ein Verhältnis öffentlichrechtlicher Natur entsteht[3]. Daß z. B. das Beamtenverhältnis allein aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, steht heute außer Frage. Es kommt zustande nicht durch einen Vertragsabschluß, sondern durch einen einseitig von der Anstellungsbehörde er-

---

[10] Schack in RVBl., 56. Bd., S. 189.

[1] Aus diesem Grunde lehnt z. B. Hoffmann, a. a. O. eine Verwahrung der Schülergarderobe ab.

[2] Ebenso Leonhard, Schuldrecht, II, 261.

[3] H. Apelt, a. a. O., S. 62 ff.

lassenen Staatshoheitsakt[4]. Bei öffentlichen Anstalten kann häufig zweifelhaft sein, ob das Verhältnis zum einzelnen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter trägt[5]. Der von der Anstalt verfolgte Zweck — Fürsorge oder Gewinn? — ist nicht in allen Fällen ein brauchbares Unterscheidungsmittel, nämlich dann nicht, wenn Fürsorge und Gewinnzwecke gleichzeitig und gleich heftig miteinander verquickt sind, oder wenn es sich um eine öffentlichrechtliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung handelt, wie z. B. die Reichsbahn[6]. In solchen Zweifelsfällen wird man auf die Gesamtstruktur des Unternehmens zurückgehen müssen, wobei insbesondere zu beachten ist, ob sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter staatlicher Aufsicht verpflichtet ist, ob ihre Organe die Stellung von Beamten haben, ob sie ihren Benutzern als Hoheitsträger gegenübertritt.

Um eine öffentlichrechtliche Anstalt handelt es sich z. B. nicht nur bei der auf Grund der gesetzlichen Schulpflicht benutzten Volksschule, sondern auch bei der höheren Schule, zu deren Benutzung niemand verpflichtet ist[7]. Grundlegende rechtliche Unterschiede bestehen eben nicht so sehr zwischen einem Volksschüler und einem höheren Schüler, als vielmehr zwischen einem Schüler und dem „Benutzer" einer von einem Privatunternehmer betriebenen Bade„anstalt"[8].

b) Nun könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, weshalb es eines näheren Eingehens auf die Scheidung zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Verhältnissen überhaupt bedürfe; Verwahrungsverhältnisse träten doch in beiden Fällen in gleicher Weise auf; könne man da überhaupt die Verwahrungsverhältnisse des öffentlichen Rechts als eine besondere Fallgruppe ansehen?

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß zwischen den Verwahrungsverhältnissen beider Rechtsgebiete eine weitgehende äußere Ähnlichkeit besteht. In bürgerlich- wie in öffentlichrechtlichen Fällen ist der Begriff der Verwahrung stets nur dann aufgegriffen, wenn jemand g e n ö t i g t wird, die Obhut über Sachen aufzugeben, wenn also z. B. Schüler ihre Überkleider auf dem Flur, Gäste eines Lokals ihre Mäntel in der Garderobe ablegen müssen.

Daß jedoch die Ähnlichkeit der öffentlichen mit den privaten Verwahrungsverhältnissen nur eine scheinbare ist, ergibt sich aus folgendem:

In den Verwahrungsverhältnissen des bürgerlichen Rechts haben Schrifttum und Rechtsprechung stets übereinstimmend angenommen, daß derjenige, der einen anderen zur Aufgabe der Obhut über eine Sache zwingt, selbst die Verwahrungspflicht über die Sache übernimmt. Das ergibt sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte stillschweigend aus seinem Verhalten. Abgesehen von allen Meinungs-

---

4 Köttgen, Verwaltungsrecht, S. 114.

5 Fleiner, Institutionen, S. 322 ff.; Köttgen, Verwaltungsrecht, S. 138 ff.

6 Siehe Köttgen, S. 111; H. Apelt, S. 64.

7 Köttgen, a. a. O., S. 164; Meinzolt, a. a. O.; Josef, WürttRpflZ.; Hoffmann, a. a. O.

8 Vgl. Köttgen, a. a. O. S. 180.

streitigkeiten über die Konstruktion im einzelnen[9] besteht jedenfalls Einhelligkeit darüber, daß aus zwangsweiser Entziehung der Obhut über eine Sache eine vertragliche Haftung entspringt.

Diese Gesichtspunkte können jedoch dann keine Anwendung finden, wenn der Zwang zur Aufgabe der eigenen Obhut vom Staate innerhalb des Beamtenverhältnisses oder der öffentlichen Anstaltstätigkeit ausgeht. Ordnet z. B. die Oberschulbehörde an[10], daß Schüler ihre Überkleider nicht mit in die Klassenräume zu nehmen, sondern im Gang aufzuhängen haben, so kann nur eine Verkennung der Rechtsnatur öffentlicher Anstalten zu der Ansicht führen, daß in dieser Anordnung ein Vertragsangebot des Staats zur Übernahme der Verwahrung an der Schülergarderobe läge[11]. Wie bei der Begründung des Beamten- oder öffentlichrechtlichen Anstaltsverhältnisses tritt auch bei der näheren Gestaltung dieser Verhältnisse der Staat dem einzelnen nicht gleichgeordnet auf dem Boden des Privatrechts, sondern als Hoheitsträger gegenüber. Führen z. B. praktische Gründe des Schulbetriebs zu dem Verbot an Lehrerpersonal und Schüler, Garderobe mit in die Klassenräume zu nehmen, so liegt ein Akt der Anstaltsgewalt, nicht eine bürgerlichrechtlich zu wertende Willenserklärung vor. Ebensowenig kommen privatrechtliche Erwägungen in Frage, wenn Beamte durch ihre dienstliche Tätigkeit gezwungen werden, ihre in die Diensträume mitgebrachten Gegenstände unbewacht zurückzulassen. Diese „Bewachungslagen" und damit die Gefahr eines Verlustes führt das Beamtenverhältnis als eine unvermeidliche Folge mit sich.

Die Bewachungslagen entstehen also in diesen Fällen als Nebenwirkungen unmittelbar aus dem jeweiligen öffentlichrechtlichen Verhältnis, sie fallen mithin als öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse unter den Tatbestand der Untersuchung.

c) Fraglich kann im Einzelfall sein, ob die Gefährdung wirklich als unvermeidliche Nebenwirkung eingetreten ist. Das ist zu verneinen, wenn der Beamte z. B. eingekaufte Waren in den Diensträumen verwahrt, um sie nach Dienstschluß mit nach Hause zu nehmen. Erforderlich ist stets, daß die Gegenstände in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis eingebracht sind[12]. Das ist z. B. zu bejahen für Arbeitsgeräte, Bücher und dergleichen, die der Beamte zur Ausübung seines Dienstes braucht, sowie für die nötigen Bekleidungsstücke, Hut, Mantel usw. Daß auch Fahrräder in diesen Zusammenhang gehören, hat das Reichsgericht

---

[9] Siehe insbesondere Schack, BJB. 35, 276; Degen, a. a. O.; Delius, a. a. O.; Josef, a. a. O.; Bovensiepen, a. a. O. S. 33 34 bejaht eine stillschweigende Verpflichtung zur Fürsorge und Überwachung, soweit sie billigerweise zu verlangen sei. Vielfach wird die Verwahrungspflicht auch als Nebenpflicht eines Dienst- oder Werkvertrages angesehen, siehe Staudinger, Anm. 2a zu § 688; Delius im Recht 1920, S. 32 ff.; Hamburger, a. a. O. S. 204 ff. Vereinzelt wird auch eine analoge Anwendung des § 618 befürwortet, vgl. Enneccerus, § 166, 5, Anm. 6.

[10] So in Hamburg die Verfügung der Oberschulbehörde vom 21. 2. 1928.

[11] Einen Verwahrungsvertrag nimmt namentlich Josef in JW. 29, 3034 an, obwohl er das Schulverhältnis als solches richtig als öffentlichrechtliches Anstaltsverhältnis erkennt. Wie Josef auch Zahn, a. a. O.

[12] Koenig, DVerwBl. 36, 551; ebenso Schack, RVerwBl., 56. Bd., S. 189.

in seiner Entscheidung vom 29. Mai 1923[13] mit folgender zutreffender Begründung dargelegt: „Der Weg zum Dienst ist bereits eine Dienstverrichtung im weiteren Sinne, und die Möglichkeit seiner schnellstens und kostenlosen Zurücklegung liegt in erster Linie im Interesse eines ungestörten und die Beamten vom Zugang kostenfrei zu haltenden Dienstbetriebs."

Einer besonderen Prüfung bedarf im Einzelfall der Umstand, ob die Art der Dienstleistung es dem betreffenden Beamten unmöglich gemacht hat, auf seine Sachen selbst zu achten, so z. B. bei Bergleuten, Polizeibeamten, Lehrern usw. Ist dem Beamten ein Dienstraum als ständiger Arbeits- oder Aufenthaltsort zugewiesen, so wird ihm die eigene Überwachung regelmäßig nicht unmöglich gemacht; er kann den Raum verschließen, falls er ihn für kurze Zeit verläßt, oder er kann unter Umständen die Zurückbleibenden um Obacht bitten[14]. Fälle dieser Art fallen weder unter den Begriff des öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisses noch überhaupt in das Gebiet des öffentlichen Rechts. Die Rechtslage ist die gleiche, einerlei ob jemand z. B. im Gerichtssaal oder in einer Gastwirtschaft seinen Mantel an der Bequemlichkeit halber angebrachte Kleiderhaken hängt, — in jedem Fall gilt der allgemeine Satz „casum sentit dominus", allenfalls kommt ein deliktischer Anspruch in Betracht, z. B. bei Schadhaftigkeit des Garderobenhalters.

---

13 Recht 1923, Nr. 1192 S. 341.
14 Delius, Recht 1920, S. 33.

3. Teil:

Die Subsumption des Tatbestandes unter eine Rechtsform.

Die Rechtsprechung hat im Laufe ihrer Entwicklung die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse aus den verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt; ein Überblick über die vielfältig verschlungenen Pfade dieser Entwicklung soll im folgenden nicht geboten werden. Wohl aber soll aus der eingangs ausgeführten methodisch-systematischen Grundeinstellung heraus die gleiche Frage, die der Rechtsprechung in jedem Einzelfall gestellt wurde und wird, einmal im Zusammenhang aufgeworfen und beantwortet werden: Welches Recht ist auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse anzuwenden?

Geht man von der Inverwahrungnahme, also der Begründung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse aus, so liegt der Gedanke nahe, die Aufgabe der Obhut als ein Opfer des einzelnen, als eine Enteignung anzusehen und das öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnis dieser Rechtsform zu subsumieren.

Betrachtet man den Verwahrungszustand als solchen, so kommt eine Heranziehung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über den Verwahrungsvertrag in Betracht (§§ 688 ff. BGB.).

Die geringste Schwierigkeit scheint die Begründung der Haftung aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) und der Staatshaftung des Art. 131 WV. zu bieten. Aber gerade bei der Haftungsfrage erhebt sich eines der dringlichsten Probleme der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse: Ist neben der deliktischen Haftung ein vertragsähnliches gesetzliches Schuldverhältnis öffentlichrechtlicher Verwahrung anzunehmen?

Die Rechtsprechung wird im Verlauf dieser Untersuchung gleichsam wie in einem Querschnitt mit herangezogen; aus der Kritik an der Rechtsprechung — auch wenn sie an Entscheidungen anknüpft, die von der gegenwärtigen Rechtsprechung bereits überholt sind — ergibt sich die Einsicht in die Natur der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse und die Eigenart öffentlicher Verwaltungstätigkeit überhaupt.

§ 5.

Eine Enteignung liegt in keinem Falle öffentlichrechtlicher Verwahrung vor.

I. Unter einen enteignungsähnlichen[1] Gesichtspunkt hat zuerst Otto Mayer die Verwahrungsverhältnisse des öffentlichen Rechts subsumiert.

[1] 1896, dem Jahr, in dem Otto Mayers Verwaltungsrecht erschien, wurde als

Wenn der Staat sich an die Stelle des Eigentümers setzt und damit dessen Obhut über die Sache beseitigt, so ist nach Otto Mayers Ansicht[2] jeder Schade, der aus der öffentlichen Verwaltungstätigkeit entsteht, ein „besonderes Opfer", welches dem einzelnen zugemutet wird. Als Ausgleich ist ihm ein öffentlichrechtlicher Entschädigungsanspruch zu gewähren, der nicht an den Nachweis eines bestimmten Verschuldens gebunden ist.

Otto Mayers Ansicht ist im praktischen Ergebnis und auch in der rein öffentlichrechtlichen Beurteilung der Verwahrungsverhältnisse richtig, wie im folgenden noch erhellen wird. Die Rechtsfigur, in der Otto Mayers Rechtsgefühl sich ausdrückte, ist jedoch in heutiger Zeit jedenfalls in den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen nicht mehr verwendbar. Das ergibt einen Rückblick auf die Entwicklung der Rechtsformen der Enteignung und des Aufopferungsanspruchs bis 1933.

II. In der Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen tritt der Enteignungsgedanke in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. 1. 1922[3] in einem Falle auf, in dem einem Eigentümer durch Beschlagnahme die Möglichkeit genommen war, sein Eigentum zu überwachen. Das Reichsgericht bejahte die Haftung, indem es von den in seiner Rechtsprechung über die Haftung des Staates bei Vorliegen übermäßiger Staatseingriffe ausgebildeten Rechtssätzen ausging. Danach ist derjenige, der zugunsten der Allgemeinheit ein Recht aufopfern muß, also den unabwendbaren Folgen eines Eingriffs schutzlos preisgegeben ist, von dem zu entschädigen, in dessen Interesse die Rechtsentziehung erfolgt ist[4]. In der weiteren Judikatur zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen ist diese Rechtsansicht zwar wieder fallen gelassen[5]. Bezeichnend und in diesem Zusammenhang allein wichtig ist jedoch, daß überhaupt der Enteignungsgedanke sowie sein Korrelat, die Schadloshaltung gemäß § 75 EinlALR., auf eine öffentlichrechtliche Verwahrung angewandt werden konnte. Das wird heute nur verständlich, wenn man auf die damalige Auflösung des Enteignungsbegriffes zurückgeht[6]. Ohne im einzelnen die Begründung aus § 75 EinlALR. und Art. 153 WV. eindeutig abzugrenzen, erkannte das Reichsgericht Entschädigungsansprüche in allen Fällen zu, in denen hoheitliche Eingriffe das Eigentum an körperlichen Sachen oder Privatrechten jedweder Art schmälerten[7]. Nur mußte es sich dabei um Rechte handeln, während Beeinträchtigungen der faktischen Vermögenslage keine Entschädigungsansprüche auslösten, — wobei freilich in weitem Maße bloße Beeinträch-

---

eigentliche Enteignung nur die volle Entziehung des Bodeneigentums, und zwar nur bei Inanspruchnahme für Zwecke der allgemeinen Verwaltung, angesehen. Siehe Mayer, a. a. O. S. 12, 20.

[2] A. a. O. S. 331, S. 350 Anm. 7.

[3] RGZ. 104, 18.

[4] RGZ. 101, 105; 98, 348; 70, 152; vgl. auch Hoeniger in JW. 1925, S. 2491 zu Nr. 3.

[5] Das OLG. Celle, JW. 25, 2490, stellte sich auf den Standpunkt, das RG. habe nicht eine rein objektive Haftung, sondern lediglich eine Umkehrung der Beweislast für den Verschuldensnachweis gewähren wollen. Ebenso RG. in JRdSch. 27, Nr. 238.

[6] Die treffendste Kritik der Rechtsentwicklung dieser Zeit gibt Carl Schmitt, JW. 1929, S. 495.

[7] Maunz, Enteignung S. 7—10.

tigungen der faktischen Vermögenslage konstruktiv zu Berechtigungen umgedeutet wurden[8]. Typisch in diesem Sinne ist z. B., daß das Reichsgericht in seiner angezogenen Entscheidung in der Beschlagnahme eine „Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers" sieht. Vom Standpunkt der damaligen Anschauung hatte eine genauere Untersuchung[9] allerdings darauf abzustellen, ob die Beschlagnahme eine Beschränkung des Eigentumsinhalts sei. Verneinte man das, so fragte sich weiter, ob ein Vermögensrecht oder ein sonstiges Recht betroffen war. Damit lief eine solche Untersuchung aber auf die viel umstrittene Frage hinaus, ob der Besitz ein Recht sei[10].

III. Daß von einer derart konstruktiv äußerlichen Entscheidung die Begriffe Enteignung und Aufopferung nicht abhängen, und sie in diesen Fällen gar nicht herangezogen werden können, ergibt sich aus ihrem heutigen Bedeutungsinhalt ohne weiteres. Von Enteignung und Aufopferung im heutigen Sinne kann — in ganz allgemeiner Form ausgedrückt — nur die Rede sein, soweit volksgemeinschaftliche Belange sich nur durch einen unvermeidlichen Eingriff in Habe oder Existenz eines einzelnen durchführen lassen[11]. Mit einem „staatlichen Eingriff" dieses Sinnes haben aber öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse nichts gemein. Bei einer Beschlagnahme handelt es sich z. B. nicht um einen Eingriff, sondern allein um die „nähere Verwirklichung der dem Eigentum innewohnenden Gemeinschaftsbindung[12]", nicht anders als z. B. bei der Überspannung eines Grundstücks durch eine Überlandleitung[13] oder die Anbringung einer Kabelleitung an einem Hause[14]. Man kann erst recht nicht sagen, daß ein Schade, der im Falle einer „Pflichtbindung[15]" wie der Beschlagnahme entsteht, etwas mit volksgemeinschaftlichen Aufgaben zu tun hat.

Die Rechtsformen der Enteignung und Aufopferung scheiden daher für eine Beurteilung der öffentlichen Verwahrungsverhältnisse aus.

§ 6.

Die Anwendbarkeit der §§ 688 ff. BGB. auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse.

I. Geht man allein von der Entstehung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse aus, so verbietet sich allerdings eine Heranziehung der §§ 688 ff. von vornherein. Der Staat tritt in allen Fällen unserer Untersuchung dem einzelnen als Hoheitsperson, also übergeordnet, entgegen (vgl. § 3); für eine gegenseitige Übereinstimmung zweier gleich-

[8] Frank, VerwR. S. 459.
[9] So z. B. eingehend von Canstein, a. a. O. S. 11 ff.
[10] Siehe Canstein, a. a. O.
[11] Vgl. insbesondere Frank, VerwR. S. 480, 481.
[12] Frank, a. a. O. S. 480; Maunz, Enteignung S. 20: „Die bisherigen Institute der Eigentumsbeschränkung und zum Teil auch der Aufopferung sind im neuen gemeinschaftsmäßig gebundenen Eigentumsbegriff untergegangen."
[13] SächsOVG. in DVerwBl. 36, 139.
[14] SächsOVG. in RVerwBl. 36, 140.
[15] Huber, Rechtsstellung des Volksgenossen, S. 443 ff., S. 452 ff.

geordneter Vertragsteile, wie sie der bürgerlichrechtliche Verwahrungsvertrag voraussetzt, ist daher kein Raum[1].

II. Damit, daß der Entstehungsgrund der Verwahrungsverhältnisse in das Gebiet des öffentlichen Rechts fällt, ist jedoch noch nichts über die weitere Frage gesagt, ob nicht etwa neben der öffentlichrechtlichen eine weitere bürgerlichrechtliche Beziehung herläuft.

a) Von methodischen Gesichtspunkten her ist mit dieser Fragestellung eine juristische Konstruktion berührt[2], die überaus typisch ist für die rechtliche Behandlung der Grenzgebiete des öffentlichen Rechts. Ihre Bedeutung zeigt ein kurzer Blick auf Lehre und Rechtsprechung:

Aus der Wissenschaft hat sich insbesonders Laband[3] für diese Konstruktion ausgesprochen gegen die „in der neueren Literatur oft bis zum Übermaß getriebene Auseinanderreißung von öffentlichem Recht und Privatrecht und die irrtümliche Ansicht, daß bei der Ausübung der Staatsgewalt nicht auch Verhältnisse entstehen könnten, welche nach den Regeln des Privatrechts zu beurteilen sind[4]".

In der Rechtsprechung wird die gleiche Konstruktion noch gegenwärtig vertreten, so z. B. bezüglich der Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und einer von ihm auf Grund bürgerlichrechtlichen Dienstvertrags angestellten Person, der eine öffentliche Aufgabe übertragen ist. Auch hier geht das RG. davon aus, daß „neben einem nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Verhältnis ein bürgerlichrechtliches Vertragsverhältnis herlaufen ... könne[5]".

b) Ob die Konstruktion eines solchen „Zwitterverhältnisses" stets abzulehnen ist, weil sie gegen den Grundsatz der „Einheitlichkeit der Rechtsordnung" verstoße[6], bedarf hier keiner grundsätzlichen Entscheidung; denn daß öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen keine „privatrechtlich zu beurteilende Seite" anhaftet, ergibt sich bereits aus den bisherigen Ausführungen: Wo der Staat die Macht hat zu befehlen, und ein Verwahrungsverhältnis entweder direkt durch einen Befehl oder als dessen unmittelbare Nebenwirkung entsteht, befindet der Staat sich in einer Lage, in der er nicht — gleichsam in einer Doppelrolle handelnd — zugleich als Vertragspartner (Fiskus) für gewisse Verwahrungspflichten als Folgen seines Befehls garantiert. Eine solche Konstruktion konnte nur in dem überwundenen „individualistischen Rechtssystem" möglich sein[7]. Der Staat gibt in keinem der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse eine bürgerlichrechtliche Willenserklärung ab; mangels

---

1 Das übersieht die erste, rein zivilrechtlich bestimmte Phase in der Rechtsprechung des RG. Siehe § 1 III zu Anm. 11.

2 Sie beherrscht die zweite Phase der Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen. Siehe § 1 III zu Anm. 14.

3 Bei der Besprechung von RGZ. 51, 219 in DJZ. 1903, S. 68.

4 Im einzelnen siehe Fleiners Darstellung der „gemischten Rechtsverhältnisse", Umbildung S. 10 ff.

5 Entscheidung des RG. vom 20. Oktober 1936, ZAR. 37, 184; siehe auch a. a. O. die ablehnende Kritik von Lohmann.

6 So Lohmann, a. a. O.; dieser Grundsatz ist m. E. nach jedoch nicht im Sinne Lohmanns auszulegen. Vgl. oben § 1, V.

7 Vgl. oben § 2, II.

einer Gleichheit des Grundes scheidet eine analoge Anwendung der §§ 688 ff. daher aus. Die Erwägungen, die diesen Vorschriften zugrunde liegen (das Zurückgehen auf eine Willenserklärung; den typischen Inhalt einer solchen Willenserklärung enthalten die dispositiven Bestimmungen der §§ 688 ff.) treffen nicht mit der gleichen Schlüssigkeit auf die öffentliche Verwaltung zu.

Hinter Formulierungen[8], das Rechtsverhältnis der öffentlichen Verwahrung sei den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag rechtsähnlich nachzubilden, verbirgt sich nur der Zweifel, wie denn sonst eine Verwahrungspflicht des Staates zu begründen sei; — eine andere Konstruktionsmöglichkeit als die in irgendeiner Umschreibung erfolgende Anknüpfung an das Privatrecht[9] ist in Rechtsprechung und Schrifttum nicht hervorgetreten.

Wie bei Ablehnung dieser bisher vertretenen Ansichten eine Verwahrungspflicht zu begründen und überhaupt zu entscheiden ist, ob eine Verwahrungspflicht besteht, ist eine offene Frage.

III. Zunächst fragt sich, ob das Gesetz selbst in einigen öffentlichrechtlichen Verwahrungsfällen eine Verwahrungspflicht ausspricht und diese Vorschriften analog auf sämtliche Verwahrungsfälle auszudehnen sind.

Gesetzlich anerkannt und geregelt ist eine Verwahrungspflicht des Staates insbesondere in der Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937 (RGBl. I, 285 ff.) und in § 102 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 (Bundesgesetzblatt 69, S. 317 ff.). Diese Gesetze können zwar für eine nähere Regelung gesetzlich nicht erfaßter öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse gewissermaßen als „Fingerzeig" des Gesetzgebers in Betracht kommen. Es ist jedoch unzulässig, aus diesen Gesetzen, die sich auf ganz bestimmte und besonders herausgehobene Einzelfälle beziehen, einen allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen, daß in allen Verwahrungsverhältnissen des öffentlichen Rechts eine Verwahrungspflicht des Staates besteht.

Die Verwahrungspflicht in diesen „Lückenfällen" kann mithin mangels einer gesetzlichen Vorschrift nur rechtsschöpferisch den allgemeinen Rechtsgedanken des öffentlichen Rechts entnommen werden.

Auszugehen ist von dem allgemeinen Prinzip[10], daß es selbstverständliche Pflicht jeder Behörde ist, ihre Tätigkeit nicht willkürlich, sondern nach den Belangen des Volkes und dem Willen des Führers zu bestimmen.

Als ein Ausfluß dieses Prinzips, der bereits unmittelbar gewisse öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse erfaßt, ist der Satz anzusehen, daß die Anstaltsgewalt sich stets im Rahmen des Anstaltszwecks[11], d. h. der Gesamtheit der materiellen Aufgaben der Anstalt[12] zu halten hat. Ihre Maßnahmen dürfen das hierzu Erforderliche nicht überschreiten[13],

---

[8] Siehe Degen, a. a. O., insbes. S. 90 C 2.

[9] Siehe auch den in der gleichen Richtung liegenden Konstruktionsversuch des OLG. Hamburg in Seuff. Bl. 76, 69 (sinngemäße Anwendung der §§ 990, 989 BGB.).

[10] Siehe Frank, VerwR. S. 74 ff.

[11] Köhler, VerwR. S. 163.

[12] Frank, VerwR. S. 287.

[13] Jellinek, VerwR. S. 496.

andererseits müssen sie dieses Maß aber auch nach pflichtgemäßem Ermessen innehalten.

Wenn also z. B.[14] ein Gefangenenvorsteher von den eingelieferten Gefangenen Abgabe aller Barschaft zur Aufbewahrung verlangt, so darf er dieses Geld weder nachträglich zum Eigentum des Staates erklären, noch darf er es schlecht oder nachlässig verwahren. Beide Maßnahmen entsprechen nicht den Aufgaben der Anstalt und sind daher unzulässig.

Der gleiche Grundgedanke, wie er für das Anstaltsrecht aufgezeigt ist, gilt auch für die Polizeigewalt[15]. So zieht das RG. im Recht, 29 Nr. 238 zutreffend den Grundsatz der „Verhältnismäßigkeit des anzuwendenden Polizeimittels" in einem Falle heran, in dem die Polizei unzulässigerweise von der Karre aus verkaufte Früchte beschlagnahmt hatte, und die Früchte während der Beschlagnahme verdarben.

Auch die Verwahrungspflicht des Staates an der von den Beamten eingebrachten Habe entspringt dem vorangestellten allgemeinen Prinzip. Einer Heranziehung des § 618 BGB. zur Begründung einer bestimmten Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Beamten[16] hätte es daher nie bedurft. Die öffentlichrechtliche Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten ist heute im DBG. vom 26. 1. 1937 (RGBl. I, 39) gesetzlich verankert. Nach § 3 Abs. 1 Satz 4 DBG. sichert der Führer dem Beamten besonderen Schutz zu und nach § 36 gewährt der Staat dem Beamten Fürsorge und Schutz bei seinen amtlichen Verrichtungen und seiner Stellung als Beamter. Diese Fürsorgepflicht ist Ausfluß des Treueverhältnisses, das nach § 1 Abs. 1 DBG. den Beamten mit dem Führer und dem Reich verbindet, sie umfaßt, wie Brand zutreffend hervorhebt[17], den gesamten Dienst- und Lebenskreis des Beamten, insonderheit auch Schutz gegen Diebstahl und Beschädigungen der in die Diensträume eingebrachten Garderobe, Fahrräder und dergleichen.

Zusammenfassend ist mithin zu sagen, daß in allen öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen eine Verwahrungspflicht besteht; sie ergibt sich unmittelbar aus der jeweils verfolgten „öffentlichen Aufgabe", m. a. W. der konkreten Ordnungslage, und ist als eine Pflicht sui generis zu bezeichnen, die in keiner Beziehung zu § 688 wie überhaupt der in den §§ 688 ff. getroffenen Regelung steht.

IV. Daß die §§ 688 ff. keine allgemeinen Rechtsgedanken enthalten, die auch auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse anzuwenden sind, bestätigt eine Prüfung der einzelnen Bestimmungen auf ihre Anwendbarkeit im öffentlichen Recht.

a) Die §§ 691, 692 regeln die Frage, ob der Verwahrer die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen oder sonst in ihrer Aufbewahrungsart zu ändern berechtigt ist. Nach dem BGB. hängt die Entscheidung von einer Auslegung des Parteiwillens ab. Die öffentliche Verwaltung dagegen

---

14 Siehe die von Fleiner S. 337 Anm. 61 angeführte Entscheidung des Luzernischen Obergerichts.

15 Jellinek, VerwR. S. 496.

16 Siehe RGZ. 97, 43; ausführlich Koenig in BJB. 35, 587.

17 ZBB. 37, 8.

wird in ihrem Handeln allein von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt[18] und z. B. nicht selten in die Lage kommen, beschlagnahmte Sachen nicht in der amtlichen Verwahrstelle, sondern etwa ihres Umfanges wegen bei einem Lagerhalter einzulagern[19].

b) Nach § 695 kann der Hinterleger die hinlegte Sache jederzeit zurückfordern (zwingendes Recht!). Im Falle einer Beschlagnahme kann der Betroffene die Sache allenfalls nach der Erreichung des öffentlichen Zwecks herausverlangen[20].

c) § 690 scheint noch am ehesten auf die öffentlichen Verwahrungsverhältnisse anwendbar. Nach dieser Vorschrift hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Sieht man den Grund der Haftungsbeschränkung nicht in der Unentgeltlichkeit der Verwahrung, sondern in dem Umstand, daß der unentgeltliche Verwahrer lediglich im Interesse des Hinterlegers verwahrt, so könnte von diesem Gesichtspunkt aus naheliegen, § 690 rechtsähnlich auf die innerhalb der Zwangsvollstreckung stattfindende Verwahrung anzuwenden[21]. Wenn es sich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung auch um staatlichen Zwang handelt, so wird er doch vornehmlich im Interesse des Gläubigers zur Durchsetzung seines privatrechtlichen Anspruchs ausgeübt. Ebenso wird nach einer Beschlagnahme häufig nur das Interesse des Betroffenen wahrgenommen. Der eigentliche Grund, der gegen die Anwendung des § 690 in diesen Fällen spricht, liegt darin, daß der Begriff der diligentia quam in suis nur auf den Privatmann, niemals aber auf die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung anwendbar ist. Der Staat handelt niemals in „eigenen Angelegenheiten", sondern stets im Interesse der Gemeinschaft[22].

V. Als Ergebnis dieser Ausführungen ergibt sich eine Erkenntnis, die nicht zum ersten Male anläßlich der Überprüfung eines in der Rechtsprechung entwickelten „Umbildungsproduktes" gemacht worden ist. In einer überaus eingehenden Untersuchung über die Anwendbarkeit des § 242 BGB. im öffentlichen Recht gelangte K. H. Schmitt am Schluß[23] zu der Feststellung, daß seine Untersuchung nicht so sehr eine Kritik dessen sei, wie man Recht gesprochen habe, sondern eine Kritik dessen, wie man die Rechtsfindung begründet habe; das gleiche gilt auch hinsichtlich der Übertragung der §§ 688 ff. als allgemeine Rechtsgedanken in das öffentliche Recht. Diese Begründung kann nicht mehr aufrecht erhalten werden. Ob damit jedoch auch das von der Rechtsprechung ver-

---

[18] Das verkennt das OLG. Dresden, OLGE. 9, 24; es entscheidet einen Fall, der dem oben zu Anm. 14 behandelten Beispiel entspricht, abwegig aus § 692.

[19] Siehe hierüber Canstein, a. a. O. S. 52.

[20] Das verkennt auch das Reichsgericht in HRR. 36, Nr. 188 nicht — trotzdem sieht es in § 695 einen allgemeinen Rechtsgedanken. Im einzelnen vgl. über die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs unten § 10; siehe dort auch über § 697.

[21] Nur hinsichtlich der Verwahrung von Pfandstücken in der Pfandkammer des Gerichtsvollziehers ist sie nicht unentgeltlich. Sattelmacher, a. a. O. S. 307.

[22] Arnswaldt, S. 474. Auch die Rechtsprechung hat von jeher die Übertragung des Rechtsgedankens aus § 690 abgelehnt, siehe RGZ. 84, 338. Anderer Ansicht hinsichtlich der Haftung der Schule: Meinzolt, a. a. O., Josef in WürttRpflZ.

[23] S. 146.

folgte praktische Ergebnis aufzugeben ist, ist eine ganz andere Frage. Ihre Beantwortung setzt voraus, daß zunächst die Hintergründe der Rechtsprechung aufgedeckt werden. Hierbei zeigt sich aber, daß die zivilrechtlich bestimmte Auffassung in ihrem Ursprung nicht allein durch die politische Geisteshaltung der vergangenen Zeit und mangelnde Einsicht in öffentliche Verhältnisse zu erklären ist, sondern ihr noch eine zweite Wurzel zugrunde lag, nämlich das Bestreben, in den vorliegenden Fällen ein dem Rechtsempfinden entsprechendes Urteil zu fällen. Als recht und billig wurde in allen Fällen, in denen der Staat zwangsweise die Obhut des einzelnen über seine Sachen vereitelte, angesehen, daß der Staat nun wenigstens seinerseits die Obhut zu übernehmen und bei Verletzung dieser Pflicht auch für den Schaden einzustehen habe. Dieses Ergebnis war aber allein dadurch zu erreichen, daß das Rechtsverhältnis als vertragsähnlich bestimmt wurde. Damit war nämlich der Weg geöffnet, den Staat für ein Verschulden seiner Beamten in der Erfüllung der staatlichen Verwahrungspflicht gemäß § 278 BGB. haftbar zu machen. Bis zur Einführung der Staatshaftung (für das Reich also bis zum Inkrafttreten der Weimarer Verfassung von 1919) hätte dagegen die hier vertretene Ansicht, daß ein vertragliches Verhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem einzelnen nicht besteht, notwendig zur Deliktshaftung führen müssen. Danach hätte aber nur der Beamte persönlich gehaftet; der Staat hätte sich nur allzuleicht unter dem Gesichtspunkt des § 831 BGB. entlasten können, — ein Ergebnis, das die Rechtsprechung in diesen Fällen stets zu vermeiden bestrebt war.

Die Frage, wieweit sich der Rechtszustand durch die Einführung der Staatshaftung geändert hat, wird im folgenden eingehend zu untersuchen sein. Die Rechtsprechung hat sie, ihrer jeglicher methodischen Untersuchung abholden Einstellung gemäß, bei Erlaß der Staatshaftung und auch bislang noch nicht besonders geprüft. Unsere, von bestimmten Grundsätzen über die Methodik der Rechtsfindung ausgehende Untersuchung ist damit an einem Punkt angelangt, in dem die eigentliche Problematik der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse hervortritt.

§ 7.

Die gesetzliche Haftung des Staates aus öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen.

I. Greift bei Verlust oder Beschädigung einer öffentlich verwahrten Sache die sogenannte Amtshaftung[1] ein, so haftet dem Geschädtigten an Stelle des Beamten der Dienstherr (Reich, Land, Gemeinde usw.) nach der jetzt noch gültigen Bestimmung des Artikels 131 WV. und den Haftungsgesetzen des Reiches (siehe Reichsgesetz vom 22. 5. 1910) und der Länder (siehe für Preußen das Gesetz vom 1. 8. 1909).

Voraussetzung der Haftung gemäß Art. 131 WV. ist, daß ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem

[1] Gebräuchlicher ist der Ausdruck „Staatshaftung"; aber er ist zu eng. Es handelt sich nicht nur um den Staat. Vgl. Schack, ZBB. 37, 67 zu Anm. 3.

Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und sich dadurch selbst haftbar gemacht hat[2].

Die eigentliche Schwierigkeit einer Subsumption des Schadensersatzanspruches aus öffentlichrechtlicher Verwahrung unter Art. 131 beruht nicht in der Prüfung, ob die Voraussetzungen „Beamter" und Verletzung einer ihm „einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht" gegeben sind.

a) Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff[3] löst sich auf in der weiteren Frage, ob eine Person mit öffentlichrechtlicher Gewalt betraut ist. Wenn das der Fall ist, und das wird noch eingehend zu untersuchen sein, so steht damit die Beamteneigenschaft im Sinne des Art. 131 fest.

b) Daß die Verwahrungspflicht eine Amtspflicht darstellt, ist nach den Ausführungen in § 6 unzweifelhaft. Unter Berücksichtigung des Zwecks und der Interessen, denen sie dienen soll[4], muß die Verwahrungspflicht dem Beamten nicht nur der Allgemeinheit, sondern besonders auch dem Dritten gegenüber obliegen, der durch die „besondere eigene Natur des Amtsgeschäftes[5]" unmittelbar berührt wird. Im Einklang damit steht, daß z. B. dem Gläubiger das Rechtsmittel der Erinnerung nach § 766 ZPO. zusteht, wenn das Verfahren des Gerichtsvollziehers nicht den Vorschriften der Geschäftsanweisung, die eine bestimmte Verwahrung vorschreiben, entspricht[6]. Die Einrichtung von Rechtsmitteln ist stets ein untrügliches Merkmal für das Bestehen einer Amtspflicht Dritten gegenüber[7]. Dritter in dem vorstehend erörterten Sinn kann nach allgemeiner Meinung auch ein Beamter sein, der durch das Verhalten eines anderen Beamten geschädigt wird[8].

c) Entscheidend für die Anwendung des Artikels 131 ist in jedem Einzelfall öffentlicher Verwahrung, ob sich die Verwahrung als eine Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt[9].

Das Gebiet der öffentlichen Gewalt umfaßt nach ständiger Rechtsprechung sämtliche Zwangsakte sowie die Ausübung staatlicher Fürsorge[10]. Danach ist unzweifelhaft, daß z. B. eine Beschlagnahmeanordnung als ein Akt staatlicher Befehlsgewalt sich als Ausübung öffentlicher Ge-

---

[2] „Der Weg zu Art. 131 führt über § 839", Enneccerus-Lehmann, S. 798.

[3] Er hat in § 4 des RBÄndGes. vom 30. 6. 1933 und mittelbar in den §§ 23 Abs. 4, 147 Abs. 2 DBG. seine Anerkennung gefunden.

[4] Vgl. RG. im Recht 1910, Nr. 700.

[5] RG. 58, 299.

[6] Stein-Jonas, § 766 I 1 zu Anm. 5 und § 808, III, 2 zu Anm. 49.

[7] Delius, Haftpflichtges. S. 169.

[8] So Delius, Haftpflichtges. S. 164; a. A. Schack, BJB. 35, 284: Die Verwahrungs- und Überwachungspflicht bilde keine den anderen Beamten gegenüber „obliegende Amtspflicht", ebenso anscheinend Arnswaldt S. 471.

[9] Daß der gewöhnliche Sprachgebrauch, der „öffentliches Recht" gleich „Hoheitsrecht" setzt, hier nicht ausreicht, wird sich im folgenden erweisen. Die hier behandelten Verwahrungsverhältnisse sind, wie sich aus dem Vergleich mit den §§ 688 ff. BGB. ergibt, sicher als „öffentlichrechtliche" Verhältnisse zu bezeichnen. Im folgenden wird sich jedoch zeigen, daß nicht alle öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse zugleich auch „staatshoheitsrechtliche" Verhältnisse sind. Staatshoheitsrechtlich ist ein engerer Begriff als öffentlichrechtlich. Vgl. hierzu insbesondere von Schenk, ÖstöffRZ. 1914, S. 69.

[10] RGZ. 56, 89; 68, 285; 84, 30; 102, 32; 114, 201 usw.

walt darstellt. Übt aber auch derjenige Beamte obrigkeitliche Gewalt aus, der in der Folge die Sache in der Asservatenstelle registiert und einordnet? — Ein anderes Beispiel: Bei der Entgegennahme von Fundsachen nimmt die Fundpolizei staatliche Fürsorge und damit öffentliche Gewalt wahr, — gilt aber ein gleiches, wenn die Polizei z. B. einen eingelieferten Hund füttert? — Jellinek[11] sieht darin eine „Tätigkeit rein tatsächlicher Art, die nichts Hoheitliches an sich hat". Anderer Ansicht ist das Reichsgericht: Es sieht eine Handlung, bei der ein Beamter nichts anderes tut, als ein Privatmann tun könnte, dann nicht als privatrechtlich, sondern als Ausübung öffentlicher Gewalt an, wenn sie in einem unmittelbaren Zweckzusammenhang mit der Ausübung staatlicher Zwangs- oder Fürsorgetätigkeit steht[12], einer erweiternden Auslegung des Art. 131 in dem Umfange, wie ihn das Reichsgericht annimmt, ist aus mehreren Gründen zuzustimmen: Einmal ist in den angeführten Fällen — und das gilt in gleicher Weise für alle öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse — das Handeln des Beamten überhaupt nicht mit dem eines Privaten zu vergleichen. Die „öffentliche Verwaltung" ist eben, wie schon mehrfach hervorgehoben, keine „privatwirtschaftliche" Verwaltung[13]. Die öffentliche Verwaltung dient stets der unmittelbaren Verwirklichung öffentlicher Interessen, während eine privatwirtschaftliche Betätigung, unterstellt man sie auch noch so sehr dem Gedanken der Volksgemeinschaft, ihre Grenze stets an den Belangen der Allgemeinheit findet[14]. Bereits die Entstehungsgeschichte des Wortes „öffentliche Gewalt", das zuerst im EGBGB. Art. 77 auftaucht, ergibt aber die Tendenz, alles was irgendwie im Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht steht, aus dem BGB. auszuscheiden[15]. Dem Willen des Gesetzgebers würde also entsprechen, in allen Fällen, wo es zweifelhaft sein kann, ob Ausübung öffentlicher Gewalt vorliegt oder nicht, im Wege ausdehnender Auslegung öffentliche Gewalt anzunehmen. Dieser Gedanke hat aber in der Formulierung des Reichsgerichts einen zutreffenden Ausdruck gefunden.

Im einzelnen ist ein unmittelbarer Zweckzusammenhang des öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisses mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in all den Fällen anzunehmen, in denen die Sache völlig in den staatlichen Gewahrsam eingegliedert ist[16]. Das gilt z. B. in allen Fällen der Beschlagnahme, bei der Verwahrung von Urkunden in den Gerichtsakten, von Pfandsachen in der Pfandkammer des Gerichtsvollziehers, von Fundsachen, von Kleidungsstücken des Strafgefangenen usw. Die Verwahrung der Sachen hängt hier auf das engste mit der Hoheitstätigkeit zusammen. Der Staat hat die Verwahrungstätigkeit in diesen Fällen bis ins einzelne

---

11 VerwR. S. 3.

12 Z. B. RGZ. 125, 98 (Fahrt von Polizisten zum Übungsschießen), RGZ. 108, 387. A. A. Wagner in JW. 1928, S. 1292 Anm. zu Nr. 8; er macht ein grundsätzlich gleiches Argument wie Jellinek geltend: bei einer Benutzung von Wegen tue ein Beamter nur das, was ihm ohnehin zustehe, er übe lediglich sein Recht zum Gemeingebrauch aus.

13 So mit Recht Schack, ZBB. 37, 68.

14 Schack, a. a. O.

15 Siehe hierüber Schack in FischZ., Bd. 68, S. 324.

16 Es handelt sich um die „typischen" Fälle des § 3.

gehend in Geschäfts- und Dienstanweisungen geregelt[17]. Daß diese Verhältnisse nicht nur ihre Grundlage in der öffentlichen Gewalt haben, sondern eindeutig von der Staatsgewalt beherrscht sind, ergibt sich daraus, daß ein Dritter nicht willkürlich die Herausgabe der Sachen fordern kann, — die Herausgabe bestimmt grundsätzlich der Staat. In diesen Fällen, in denen Ausübung der öffentlichen Gewalt und der Verwahrungspflicht in so hohem Maße verknüpft sind, wird denn auch nach nach allgemeiner Ansicht stets die Anwendbarkeit des Artikels 131 bejaht[18]. Ein weit loserer Zusammenhang besteht dagegen zwischen der Ausübung hoheitlicher Gewalt und den in § 4 dieser Arbeit behandelten „Bewachungslagen". Der Staat übernimmt in diesen Fällen die Sachen nicht unmittelbar in seinen Gewahrsam; er unterwirft die Herausgabe in der Regel auch keinen Beschränkungen. In einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt steht in diesen Fällen allein die Anordnung einer gewissen Obhutstätigkeit: Die Anordnung eines Behörden- oder Anstaltsleiters[19], die eine Bewachungslage als unvermeidliche Folge nach sich zieht, wird sich stets auf Erwägungen gründen, die sich unmittelbar aus dem Zweckmäßigkeitszusammenhang mit dem hoheitlichen[20] Anstalts- oder Dienstbetrieb ergeben; die Anordnung als solche und damit auch ihre Kehrseite[21], die Verpflichtung, gleichzeitig bestimmte Obhutsmaßnahmen zu ergreifen, sind also infolge ihres notwendigen Zusammenhangs mit der öffentlichen Gewalt selbst Ausübung öffentlicher Gewalt. Trifft mithin eine dienstvorgesetzte Behörde oder ein Anstaltsleiter keine oder nur eine offensichtlich unzweckmäßige Obhutsmaßnahme, so liegt eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 BGB., Art. 131 WV. vor. In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Möglichkeit, den Staat in diesen Fällen aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung in Anspruch zu nehmen, kaum erwähnt[22]. Der Grund liegt darin, daß regelmäßig der Amtsträger seiner Obhutspflicht dadurch genügt, daß er eine Hilfsperson mit ihrer Durchführung beauftragt. Als typische Hilfspersonen sind insbesondere zu nennen Pedelle, Krankenhauswärter und Pförtner, soweit ihnen eine gewisse Bewachungsfunktion hinsichtlich der Fahrradkeller obliegt. Fällt aber diesen Personen ein Verschulden zur Last, so scheidet die Annahme einer Amtspflichtverletzung nach allgemeiner Meinung[23] aus. Man kann die Obhutstätigkeit der Hilfspersonen auch nicht als eine „hoheitliche" Betätigung ansehen. Die nichtzwangsmäßigen Verrichtungen dieser Personen sind z. B. nicht auf eine Stufe zu stellen mit nichtzwangsmäßigen Akten öffentlicher Fürsorge, wie Be-

---

17 Siehe unten § 9.

18 Siehe Arnswaldt, S. 460, 476 ff.

19 Als Beispiel sei auf die bereits erwähnte Verfügung der Hamburger Ober-Schulbehörde verwiesen, wonach Schülern die Mitnahme ihrer Garderobe in die Klassenräume untersagt ist.

20 Anstalts- und Befehlsgewalt der vorgesetzten Behörde sind nichts anderes als die öffentliche Gewalt selbst, ausführlich siehe Fleiner, Institutionen S. 167.

21 Siehe §§ 4 und 6 dieser Arbeit.

22 Soweit übersehbar, hat im Falle eines Schuldiebstahls bisher nur das OLG. Hamburg in ZBR. 32, 138 als Klagegrund § 839, Art. 131 geprüft.

23 Vgl. bei Arnswaldt S. 471.

urkundung oder einer Beaufsichtigung, wie sie z. B. der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Notar, der Standesbeamte, Sozialbeamte usw. vornehmen. In diesen Fällen ist die „obrigkeitliche Gewalt", wenn auch ganz in den Hintergrund gedrängt, doch immer noch vorhanden[24]. Bei der Bewachungsobliegenheit der oben genannten Personen fehlt sie völlig. Die Tätigkeit eines Anstaltspförtners, der zugleich auf den Fahrradkeller Obhut zu geben hat, unterscheidet sich von der anderer in Privatbetrieben tätiger Pförtner nur dadurch, daß es sich im ersten Fall um eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung handelt. Von diesem Gesichtspunkt aus sind z. B. die Obhutsmaßnahmen, wie sie hier in Frage stehen, in Parallele zu setzen etwa mit der Unterhaltung einer öffentlichen Sache — auch hier handelt es sich um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, deren Durchführung nach herrschender Meinung nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen wird.

Schack ist der Ansicht, daß es sich bei diesen Fällen um ein Lückengebiet handle, das als „nicht hoheitliche (öffentliche) Verwaltung" zu bezeichnen sei[25]. Wegen der scharfen Trennung privatrechtlicher von öffentlichrechtlichen Verhältnissen sei eine unmittelbare Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen nicht möglich, zweifelhaft aber auch die Zulässigkeit unmittelbarer Anwendung des Artikels 131 WV., weil hier von „öffentlicher Gewalt" nicht die Rede sein könne. Wegen des näheren Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht will Schack auf diesem Gebiete im Wege analoger Anwendung oder ausdehnender Auslegung den Artikel 131 WV. anwenden.

M. E. nach ist eine Ausdehnung des Art. 131 WV. über den vom Reichsgericht angenommenen Umfang hinaus unzulässig. Eine Analogie kann dann nicht in Betracht kommen, wenn Ausdruck und Sinn des Gesetzes sich auf eine ganz bestimmte Fallgruppe beziehen. Ein Handeln in Ausübung öffentlicher Gewalt ist aber seinem Sinn nach stets an eine gewisse Machtfülle des Handelnden und an die Verfolgung bestimmter, vom Staat als besonders wichtig gewerteter Interessen gebunden. Mittels eines staatsrechtlichen Ausdrucks läßt sich dieser Gedanke auch so ausdrücken, daß derjenige, der öffentliche Gewalt ausübt, gewissermaßen als „Staatsorgan" handelt; der Wille des Handelnden ist als Staatswille anzusehen. De lege lata ist daher in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht abzulehnen, den Art. 131 WV. auf das gesamte Gebiet der „nicht hoheitlichen" Verwaltung auszudehnen.

II. Bei einem Verschulden von Hilfspersonen, derer sich der Staat (bzw. öffentlichrechtliche Körperschaft usw.) zur Erfüllung seiner Obhuts- und Überwachungspflicht bedient, bestimmt sich die Haftung mithin nicht nach § 839 BGB., Art. 131 WV., sondern nach §§ 89, 31 BGB.[26].

---

[24] Fleiner sieht den engen Zusammenhang der staatlichen Fürsorgetätigkeit mit der Betätigung staatlicher Zwangsgewalt mit Recht darin, daß letztere die ultima ratio darstellt, siehe S. 51.

[25] Vgl. Schack, FischZ., Bd. 68, S. 320 und ZBBR. 37, 69.

[26] Ein als materiell öffentlichrechtlich erkanntes Verhältnis wird hier also für den Bereich der staatlichen Haftung gemäß §§ 89, 31 BGB. formell als privatrechtliches Verhältnis behandelt, nicht etwa auch materiell. So auch Frank,

Da es sich nicht um ein vertragliches, sondern um ein öffentlichrechtliches Verhältnis handelt, die Hilfsperson auch nur eine zur Verrichtung im Sinne des § 831 BGB. bestellte Person ist, wird der Staat praktisch wohl fast stets[27] in diesen Fällen die durch § 831 BGB. gewährte Entlastungsmöglichkeit geltend machen können. Dem Geschädigten bleibt dann nur übrig, sich an die Hilfsperson zu halten, die aber oft vermögenslos ist und den Schaden nicht ersetzen kann.

III. Die gesetzliche Haftung des Staates bei öffentlicher Verwahrung ist erschöpft. Über den „sicheren" Bereich des Gesetzes hinaus in ein gesetzesfreies und damit überaus problematisches, zugleich aber auch praktisch bedeutsames Gebiet führt die Frage, ob die in I und II dieses Abschnittes dargestellte gesetzliche Haftung als „lückenhaft" zu bezeichnen ist.

Die Rechtsprechung hat, ohne im Einzelfall streng zu prüfen, ob eine „Lücke" im Gesetz vorliegt, neben der gesetzlichen Haftung einen ungeschriebenen Rechtssatz entwickelt. Danach sind die öffentlichen Verwahrungsfälle als zwar öffentlichrechtliche, aber doch vertrags„ähnliche" Rechtsverhältnisse zu beurteilen, auf die der allgemeine Rechtsgedanke des § 278 BGB. anzuwenden ist.

Dieses Ergebnis der Rechtsprechung wird im folgenden daraufhin zu überprüfen sein, wie weit es als zulässige „Lückenergänzung" zu bewerten ist.

§ 8.

Ist ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis der Verwahrung im öffentlichen Recht zulässig?

A. Zulässigkeit kraft Gewohnheitsrechts?

I. Solange das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung uneingeschränkt herrschte, d. h. das Bestreben, den Verwaltungsapparat dem Einfluß des Parlaments zu unterwerfen, konnte dem parlamentarischen Gesetz das Gewohnheitsrecht nicht unbestritten an die Seite gestellt werden[1]. Heute, wo vor der Gesetzmäßigkeit die Rechtmäßigkeit der Verwaltung steht, kann an der Möglichkeit gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts nicht mehr gezweifelt werden[2].

II. Es ist daher grundsätzlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob etwa durch die Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen ein Gewohnheitsrechtssatz des Inhalts entstanden ist, daß die Beurteilung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse einem allgemeinen Rechtsgedanken unterliegt, wie er in § 278 BGB. ausgeprägt ist.

a) Nach Arnswaldts Ansicht[3] könnte ein Gewohnheitsrecht schon

---

VerwR. S. 286 zu Anm. 31. A. A. ist Schack in ZBBR. 37, 79 Anm. 64: Der Begriff des Fiskus in § 89 BGB. könne nur rein privatrechtlich aufgefaßt werden.

[27] Siehe Schack, a. a. O. Anm. 63.

[1] Fleiner, VerwR. S. 83; Otto Mayer, VerwR., 3. Aufl., Bd. I, S. 89.

[2] Köttgen, VerwR. S. 45.

[3] A. a. O. S. 475, 477.

deshalb nicht angenommen werden, weil in der Rechtsprechung selbst keine einheitliche Rechtsauffassung besteht. Arnswaldt legt dar, daß in der Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen immer stärker die Tendenz hervortrete, die Heranziehung eines allgemeinen Rechtsgedankens aus § 278 BGB. möglichst zu vermeiden und die Entscheidung allein auf § 839 BGB., Art. 131 WV., zu stützen.

b) Bei den von Arnswaldt angezogenen Entscheidungen handelt es sich jedoch nur um eine kleine Minderzahl[4], die gegenüber der herrschenden Auffassung nicht ins Gewicht fällt.

Die herrschende Einstellung der Rechtsprechung kommt eindeutig bereits in der Entscheidung des RG. vom 15. 12. 1927[5] zum Ausdruck. Das Reichsgericht ging in dieser Entscheidung endgültig zu der Konstruktion eines rein öffentlichrechtlichen Verhältnisses über, auf das die Rechtsgedanken der §§ 688 ff. BGB. anzuwenden seien; zugleich hatte sich das Reichsgericht aber auch mit der Ansicht des Kammergerichts auseinander zu setzen, das als Berufungsinstanz den Klageanspruch lediglich aus § 839 BGB. Art. 131 WV. geprüft hatte. Das Reichsgericht entschied sich dafür, die Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus Staatshoheitshaftung und öffentlichrechtlichem, vertragsähnlichem Verwahrungsverhältnis grundsätzlich zu bejahen.

Diese Auffassung ist bis heute in der Rechtsprechung unverändert beibehalten[6].

III. Aus dieser Feststellung kann jedoch noch nicht ohne weiteres ein Schluß auf das Bestehen eines Gewohnheitsrechts gezogen werden.

Der allgemeine Rechtsgedanke, wie er hier in Frage steht, kommt nur deshalb zur Anwendung, weil eine wissenschaftliche Überzeugung ihn stützt. Dadurch entsteht aber für gewöhnlich noch kein neues Recht. Gerichtsgebrauch und Verwaltungspraxis sind keine Rechtsquellen[7]. Jeder Richter und Verwaltungsbeamte ist nach neuer, selbständiger Prüfung berechtigt, eine selbst durch Jahre hindurch betätigte Auffassung wieder preiszugeben. So kann z. B. der Rechtsauffassung, daß die §§ 688 ff. BGB. allgemeine, der Übertragung in das öffentliche Recht fähige Rechtsgedanken enthalten, nach der bisherigen Untersuchung nicht mehr zugestimmt werden.

Ein Gewohnheitsrecht könnte nur dadurch entstanden sein, daß die von der Rechtsprechung streng festgehaltene Rechtsanschauung sämtliche Volksgenossen von ihrer Vernünftigkeit überzeugt hat und so der Antrieb gegeben ist, daß ein von der Praxis festgehaltener Satz sich zum Gewohnheitsrecht verdichtet hat[8].

---

[4] Außer den von Arnswaldt angeführten Entscheidungen sind aus neuerer Zeit zu nennen: RG. in HRR. 33 Nr. 656; RG. in LZ. 34, Nr. 8; OLG. Königsberg in HRR. 34, Nr. 257; OLG. Kiel in SchleswHolstAnz. 34, 129.

[5] RGZ. 115, 419.

[6] RG. in SeuffA. 79, 28; OLG. Breslau in OLGE. 34, 115; RG. v. 13. 7. 34 in JW. 34, 2843; OLG. Kiel v. 16. 9. 35 in SchleswHolstAnz. 36, 91; RG. 138, 40; RG. v. 4. 2. 36 in HRR. 36, Nr. 700.

[7] Fleiner, VerwR. S. 87.

[8] Auf diese Möglichkeit weist insbesondere Schelcher, in FischZ., Bd. 56, S. 52 ff. hin.

Daß jedoch das Bestehen einer solchen Rechtsüberzeugung gegenwärtig zweifelhaft ist, ergeben bereits die allgemeinen Ausführungen in § 2 dieser Arbeit; aber auch in der Wissenschaft haben sich bereits seit Jahren Einwendungen gegen die herrschende Rechtsprechung erhoben.

B. Die Zulässigkeit verneinende Ansichten.

I. Otto Mayer[9], Fleiner[10] und Weigert[11] versagen der Rechtsprechung deshalb die Gefolgschaft, weil ihrer Ansicht nach der öffentlichen Verwahrung kein vertragsartiges Rechtsverhältnis zugrunde liegt und nur die unerlaubte Handlung die Rechtsgrundlage ergibt.

Die entscheidende Frage, ob die gesetzliche Haftung lückenlos ist, stellt diese Ansicht nicht. Sie hat das Problem, das der Prägung eines allgemeinen, aus § 278 BGB. hergeleiteten Rechtsgedankens zugrunde liegt, nicht erkannt. Aus dieser Ansicht kann daher kein Schluß für oder gegen die Zulässigkeit der von der Rechtsprechung vertretenen Anschauung gezogen werden.

II. Einen berechtigten Angriff auf die Rechtsprechung zu den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen unternimmt dagegen Arnswaldt.

Arnswaldt erkennt richtig, daß die Entscheidung öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse auf ein Problem der Lückenergänzung im öffentlichen Recht zurückführt. Grundsätzlich zutreffend ist auch Arnswaldts Ansicht, daß innerhalb des positiv geregelten staatshoheitsrechtlichen Gebietes keine Lücke besteht, die eine Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens aus § 278 erfordert[12]. Denn für eine Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 278 ist, wie er ausführt[13], deshalb kein Raum, weil dieser Rechtsgedanke im Staatshoheitsrecht selbst in bestimmt abgegrenzter Form in Art. 131 WV. Gesetz geworden ist. Die Haftung tritt hier ebenso wie auf dem Gebiete des Vertragsrechts für fremdes Verschulden ein; eine Abweichung von dem bürgerlichen Vertragsrecht liegt allein darin, daß der Staat nicht neben, sondern an Stelle des Beamten haftet und daß er nur insoweit die Haftung übernimmt, als sie den Beamten nach § 839 BGB. trifft.

Die eigentliche Problematik der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse berührt jedoch auch Arnswaldt nicht. Auf die Frage, ob die gesetzliche Regelung dieser Verhältnisse lückenhaft ist, geht Arnswaldt nicht weiter ein. Er behandelt auch nur die in § 3 dieser Arbeit angeführten Verwahrungsfälle und nimmt anscheinend an, daß diese Verhältnisse lückenlos durch § 839 BGB., Art. 131 WV. erfaßt werden.

III. Das Problem, ob und wie eine Lücke in der gesetzlichen Regelung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse auszufüllen ist, hat bisher also allein in der Rechtsprechung seine praktische Lösung erfahren.

Ob diese Lösung, die Übertragung eines allgemeinen aus § 278 BGB.

---

[9] VerwR., Bd. II, S. 33.
[10] Institutionen, S. 340.
[11] A. a. O. S. 308.
[12] S. 470.
[13] S. 472.

geschöpften Rechtsgedankens auf die Verwahrungsverhältnisse des öffentlichen Rechts, die richtige ist, ist eine bislang zwar erkannte und angezweifelte[14], aber immer noch offene Frage.

C. Eigene Stellungnahme.

I. Eine unmittelbare Anwendung des § 278 BGB. auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse scheidet aus, da eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Staat und Einzelnem nicht besteht.

Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens, als dessen Ausfluß § 278 in Betracht kommen könnte, setzt aber voraus, daß die bestehende gesetzliche Regelung dieser Fälle lückenhaft ist. Zu untersuchen ist also zunächst, ob eine Lücke im Gesetz vorliegt.

1. Eine Lücke ist nicht nur dann anzunehmen, wenn ein Tatbestand durch eine Gesetzesvorschrift überhaupt nicht behandelt ist; eine Lücke besteht auch schon dann, und das übersehen Fleiner und Weigert, wenn ein Tatbestand durch eine gesetzliche Vorschrift nicht angemessen geregelt ist.

Die Frage, wann eine Regelung als angemessen oder nicht zu bezeichnen ist, steht in engem Zusammenhang mit einer methodologischen Forderung, auf die besonders Hildebrandt[15] hinweist: Vor jedem Analogieschluß ist als erstes zu prüfen, ob überhaupt ein Analogie b e d ü r f n i s besteht. Der Richter darf, wie Hildebrandt formuliert, „der Fernwirkung des gesetzlichen Werturteils die Gefolgschaft zwar nicht nach freier Eigenwertung, wohl aber dann versagen, wenn er mit dem Ähnlichkeitsschluß nicht den Beifall der maßgebenden Volksgenossen seiner Zeit zu erwarten hat".

2. Sind nun die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse in diesem Sinne lückenhaft und ergänzungsbedürftig?

Eine Beantwortung dieser Frage ist, wie Hildebrandt richtig hervorhebt, letztlich immer zeitbedingt. Es ist daher zunächst auf das Ergänzungsbedürfnis einzugehen, das die Rechtsprechung bislang geleitet hat und noch bestimmt; danach wird zu prüfen sein, ob auch in der heutigen Rechtslehre ein gleiches Bedürfnis bejaht wird.

a) Das Ergänzungsbedürfnis der Rechtsprechung entspringt dem Billigkeitsgefühl, in a l l e n öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen den Staat unmittelbar, und zwar ohne Exkulpationsmöglichkeit, haften zu lassen. So mußte eine erweiterte Haftung des Staates auch nach Einführung der Staatshaftungsgesetze insbesondere in folgenden Fällen als recht und billig erreicht werden:

Die Haftung öffentlicher Krankenhäuser[16] gegenüber auf Grund öffentlicher Fürsorge aufgenommener Kranken wurde, entsprechend der von Fleiner vertretenen Ansicht, lange Zeit nur nach Deliktsgrundsätzen, also vornehmlich nach §§ 89, 31, 831 BGB. beurteilt[17]. Dem Privat-

---

14 Vgl. Schack in RVerwBl., 56. Bd., S. 189 ff.

15 Rechtsfindung, S. 86 ff.

16 Genauer: Haftung der Anstaltsträger, also vornehmlich öffentlicher Körperschaften.

17 RGZ. 59, 199; 64, 235; 74, 163; 83, 71; 91, 263.

patienten haftet das Krankenhaus dagegen vertraglich gemäß § 278 BGB. Dieser sozial unerträglichen Verschiedenheit der Rechtslage zahlender und nichtzahlender Patienten mußte durch eine Gleichstellung beider ein Ende gemacht werden[18].

Ebenso mußte als unbillig empfunden werden, wenn im Verhältnis der staatlichen Schulen zu ihren Schülern oder des Staates als Dienstherrn zu seinen Beamten eine leichtere, da nur deliktische Haftung herrschte, als im vertraglichen Verhältnis einer Privatschule zu ihren Zöglingen oder eines Fabrikherrn zu seinen Angestellten und Arbeitern[19].

Ob unter diese Lückenfälle entgegen Arnswaldts Ansicht auch die regelmäßig dem Staatshoheitsrecht unterliegenden Verhältnisse fallen können, hängt davon ab, ob § 839 BGB., Art. 131 WV. diese Fälle in ihrer Gesamtheit erfaßt. Arnswaldt bejaht diese Frage (siehe oben B II) — aber zu Unrecht, wie eine nähere Prüfung ergibt.

So könnte z. B. ein Schadensersatzanspruch aus Art. 131 WV. zumindest zweifelhaft sein, wenn vom Gerichtsvollzieher beschlagnahmte und in einer von einem Privatunternehmer gemieteten Pfandkammer untergebrachte Sachen, dort infolge Baufälligkeit, Feuchtigkeit oder Schwamm der Pfandkammer beschädigt werden[20].

In der gleichen Richtung liegt ein vom OLG. Kiel[21] entschiedener Fall:

Beim Kläger beschlagnahmte 600 Eier wurden vom Amtsvorsteher an die Kreiseierstelle e. G. m. b. H. zur Verwahrung abgeliefert mit dem Hinweis, den Erlös sicherzustellen. Die Kreiseiersammelstelle dagegen kehrte auf eine Anordnung des Bezirksbeauftragten für Geflügelwirtschaft des Wirtschaftsbezirks Nordmark hin den Erlös an die NSV. aus.

Bejaht man mit dem Oberlandesgericht ein Recht des Amtsvorstehers zur Verwertung verderblicher Sachen, so ist eine Amtspflichtverletzung des Amtsvorstehers nicht ersichtlich. Der Kläger wäre nach Arnswaldts Ansicht demnach allein auf einen unter Umständen wertlosen Anspruch gegen die Eiersammelstelle angewiesen.

---

[18] Das geschah 1926: RGZ. 112, 290 wendet den Rechtsgedanken des § 278 auf dieses öffentlichrechtliche Verhältnis an; seither ständige Praxis.

[19] In den Entscheidungen über die Haftung des Staates (öffentliche Körperschaft) für Schuldiebstähle tritt die hier in Frage stehende Rechtsentwicklung in aller Deutlichkeit hervor: OLG. Rostock v. 12. 3. 02 in SeuffBl., Bd. 58, Nr. 30 nimmt ein rein privatrechtliches Vertragsverhältnis an (§ 278). OLG. Hamburg v. 29. 9. 20 in HansGZ. 1920, Beibl. Nr. 168 nimmt ein öffentlichrechtliches Verhältnis an, aus dem ein privatrechtlich zu beurteilendes Verwahrungsverhältnis entspringt (§ 278). LG. Hagen v. 26. 4. 29 in JW. 29, 2372 nimmt ein lediglich öffentlichrechtliches Verhältnis an und keine vertragliche, wohl aber eine gesetzliche Haftung gemäß §§ 89, 31 BGB. OLG. Hamburg v. 27. 3. 31 in ZBR. 32, 138 und RG. in LZ. 32, 1038 nehmen ein lediglich öffentlichrechtliches Verhältnis an, auf das der allgemeine Rechtsgedanke des § 278 anwendbar sei. — Siehe auch für das öffentlichrechtliche Beamtenverhältnis: OLG. Königsberg v. 26. 10. 20 in SeuffA. 76, Nr. 50; lediglich deliktische Haftung des Staates. OLG. Hamburg v. 4. 2. 1931 in HRR. 31, Nr. 1042: öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis, auf das der Rechtsgedanke des § 278 anwendbar sei.

[20] Weimar, LZ. 33, 912 verneint die Amtshaftung und spricht sich für Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 278 aus.

[21] Entscheidung v. 16. 9. 35, SchleswHolstAnz. 36, 91.

Beide Fälle müßte die Rechtsprechung — und in diesem Sinne hat auch das OLG. Kiel in letzterem Falle entschieden — als ergänzungsbedürftig ansehen und aus einer weiteren vertragsähnlichen Haftung beurteilen.

Der von Arnswaldt aufgestellten These, daß die oben in § 3 genannten Verwahrungsverhältnisse stets lückenlos durch § 839 BGB., Art. 131 WV. erfaßt werden, kann daher nicht beigetreten werden.

b) Ist nun gegenwärtig, vor allem in der Rechtslehre, noch ein gleiches Ergänzungsbedürfnis lebendig?

Diese Frage führt mitten hinein in den Fluß der Meinungen, in dem sich die Wandlung unseres Verwaltungsrechts vollzieht.

aa) In einer Einzelfrage, dem Verhältnis des Staates zu seinen Beamten bringt Koenig[22] eine grundsätzliche Ansicht zum Ausdruck.

Koenig führt aus, daß der Fürsorgepflicht des Staates keineswegs ein Anspruch des Beamten gegenüberstehe. Eine liberalistisch-individualistische Staatsauffassung möge die Notwendigkeit des Bestehens schutzwürdiger Interessen des einzelnen gegenüber dem Staat anerkannt haben. Heute sei eine solche Notwendigkeit nicht mehr zu erkennen, da der nationalsozialistische Staat die Rechtsstellung seiner Beamten auf der Grundlage eines gegenseitigen Treueverhältnisses aufgebaut habe. Dem Berechtigten gegenüber der Fürsorgepflicht des Staates könne nicht etwa ein zivilrechtlicher oder dem Zivilrecht ähnlicher Anspruch (§ 194 BGB.) zugesprochen werden, der bei schuldhafter Verletzung einen klagbaren Schadensersatzanspruch gewähre. Es handle sich vielmehr um eine Ermessensfrage, bei deren Behandlung Willkürakte ausgeschlossen seien, weil der nationalsozialistische Staat das Treueverhältnis seinen Beamten gegenüber in gleicher Weise wahre, wie er es von ihm verlange. — In eindeutiger Weise wird damit ein Bedürfnis, die Haftung des Staates im Wege der Ergänzung zu erweitern, verneint.

Eine gleiche Ansicht wird im Recht der öffentlichen Anstalt vertreten. So kommt Jerusalem[23] zum Ergebnis, daß es dem Grundgedanken der Hausgemeinschaft, der dem öffentlichen Anstaltsrecht zugrunde liege, und der passiven Stellung desjenigen, der in sie eintrete, entspreche, daß der Untertan im Rahmen des Anstaltsrechts keinerlei Schadensersatzansprüche gegen die Anstalt als solche habe. Die Fälle, wo der Staat für das Verhalten seiner Amtsträger hafte, beruhten auf gesetzlicher Grundlage, gehörten also dem Anstaltsrecht nicht an, seien aber auch nicht auf den sachlichen Bereich der Anstaltsgewalt beschränkt.

Aus der gleichen grundsätzlichen Einstellung heraus, wie sie in diesen Erwägungen hervortritt, kennzeichnet Huber[24] (vorläufig noch de lege ferenda!) ganz allgemein das Rechtsschutzverhältnis des einzelnen zum Staat folgendermaßen: „Der Rechtsschutz in der Verwaltung wird in erster Linie im Verwaltungsaufbau selbst vollzogen: Beschwerde und Dienstaufsicht sind die geeigneten Hilfsmittel dieses Verfahrens, das in einem Führerstaat die eigentlich sinnvolle Art des Rechtsschutzes ist."

---

22 BJB. 35, 587 ff.
23 Frank, VerwR. S. 290.
24 Deutsches Recht 1935, S. 401 ff.

Zusammenfassend ist dieser Richtung unseres heutigen Verwaltungsrechts als Ergebnis zu entnehmen, daß eine Lücke in der gesetzlichen Regelung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse nicht besteht, daß sogar de lege ferenda die bestehenden gesetzlichen Ansprüche des einzelnen noch einzuschränken statt zu erweitern sind.

Praktisch würde sich diese Ansicht dahin auswirken, daß die Rechtsprechung beispielsweise in der Frage der Haftung der öffentlichen Krankenhäuser gegenüber ihren Wohlfahrtskranken zu dem Standpunkt vor 1926 zurückkehren müßte. Daß eine solche Entscheidung sozialpolitisch heute nicht anders als vor 12 Jahren beurteilt werden kann, bedarf keiner weiteren Ausführung.

bb) Aber auch innerhalb des neuen Rechtsdenkens im Verwaltungsrecht ergeben sich Ansatzpunkte, aus denen auf ein Ergänzungsbedürfnis in unseren Fällen zu schließen ist. In diesem Zusammenhang sind insbesondere zwei Gedanken hervorzuheben:

Einmal ist die Verwaltung im Verhältnis zur Gemeinschaft heute zu „einem bloßen Apparat herabgedrückt" worden, dessen Aufgabe vornehmlich in der Verwirklichung der Gemeinschaftsziele besteht[25].

Daß das Funktionieren dieses Apparates eine Pflicht der Staatsbehörden dem Führer gegenüber darstellt, ist selbstverständlich. Ob dieser Pflicht ein subjektives Recht des Volksgenossen entspricht, mag bezweifelt werden können. Aber es darf nicht übersehen werden, daß die Volksgemeinschaft ein solches Recht besitzt. Es bedarf mithin der Erwägung, ob und inwieweit der Volksgenosse gegenüber der Staatsbehörde dieses Recht der Volksgemeinschaft geltend machen kann. Wie Danckwerts[26] mit Recht darlegt, wäre kein geeigneterer Sachwalter des sozialen Interesses als der geschädigte Volksgenosse selbst zu finden, keine Staatsbehörde könnte in gleichem Maße befähigt sein.

Die Anwendung dieser grundsätzlichen Ausführungen auf die Frage, in welchem Umfange dem einzelnen Schadensersatzansprüche gegen den Staat aus mangelhafter öffentlicher Verwahrung zustehen, führt bereits in das Gebiet der Rechtsfindung und Ergänzung.

II. Ist ein öffentlich verwahrte Sache beschädigt worden oder abhanden gekommen, so liegt regelmäßig ein Indiz dafür vor, daß im Verwaltungs„apparat" etwas nicht gestimmt hat. Die öffentliche Verwaltung als weitester Ordnungskreis kann aber der Gemeinschaft gegenüber in diesen Fällen grundsätzlich keine Sonderstellung beanspruchen im Verhältnis zu kleineren Ordnungskreisen, etwa großer Betriebe wie privaten Krankenhäusern, Schulen, Fabriken usw.

a) Von einer Gleichheit der Interessenlage in diesem Sinne in a l l e n Verwahrungsverhältnissen ist letztlich auch die Rechtsprechung in ihren aus dem Rechtsgedanken des § 278 begründeten Entscheidungen ausgegangen.

So wird in einer Entscheidung des Kammergerichts[27] aus dem Jahre 1922 das Beamtenverhältnis richtig als öffentlichrechtliches Verhältnis

[25] So Maunz, siehe Frank, VerwR. S. 30.
[26] Frank, VerwR. S. 112.
[27] DJZ. 22 Sp. 179.

charakterisiert und das Ergebnis (Anwendung des § 278) begründet, ohne eine vertragsähnliche Typisierung zugrunde zu legen. Ein Jahr später spricht das Reichsgericht von einem „öffentlichen Dienstanspruch" des Beamten gegen seinen Dienstherrn, auf Grund dessen der Dienstherr gemäß § 278 für einen nachlässigen Pförtner einzustehen habe.

Man kann nicht sagen, daß diese Entscheidungen unserem Ausgangspunkt, der Betrachtung der Verwaltung als eines Ordnungskreises innerhalb der Volksgemeinschaft neben vielen anderen, widersprechen. Die Rechtsprechung beurteilt vielmehr die Haftung des Staates aus öffentlichrechtlicher Verwahrung aus einem auch nach heutiger Anschauung grundsätzlich zu billigendem Prinzip. Vorzuwerfen ist der Rechtsprechung allerdings, daß sie dieses Prinzip nicht näher ausgeführt hat. Eine formelmäßig wiederholte Wendung, daß der allgemeine Rechtsgedanke z. B. aus §§ 688 ff. oder aus § 278 zur Anwendung gelange, verführt nicht nur leicht zu Ergebnissen, die einer Nachprüfung nicht standhalten (siehe oben § 6), sie ist auch geeignet, Zweifel in Fällen zu erwecken, in denen Bedenken nicht berechtigt sind. So muß eine rechtsähnliche Anwendung lediglich des § 278 in öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen stets die Vorstellung wachrufen, daß es sich in diesen Fällen um eine schuldrechtliche, jedenfalls aber um „vertrags"ähnliche Beziehungen zwischen Staat und Einzelnem handelt. Daß aber der Gedanke an ein vertragsähnliches Verhältnis nicht auf die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung in diesen Fällen paßt, ist bereits mehrfach ausgeführt worden.

Die Haftung des Staates kann daher nur aus einem allgemeineren, auch den § 278 umfassenden Rechtsprinzip gefolgert werden.

b) Als allgemeiner Leitgedanke, der nicht nur hinter den privat- und öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen, sondern hinter einer Vielzahl der verschiedensten Rechtsformen steht, ist von einem Satz auszugehen, der in seiner allgemeinsten Fassung wie jedes wahre und damit volkstümliche Rechtsprinzip als selbstverständlich anmutet: Es hat heute jeder dafür zu sorgen, daß in seinem Betrieb alles klappt, oder, wie Oertmann[28] formuliert, jeder ist für den eigenen Geschäftskreis verantwortlich.

aa) Im bürgerlichen Recht kommt dieser Gedanke z. B. bei der Auslegung des § 276 BGB. zum Ausdruck, wonach jeder für seine eigene geschäftliche oder verkehrsmäßige Unzulänglichkeit selbst verantwortlich ist.

Die Haftung bis zur höheren Gewalt gemäß § 701 BGB. und § 1 RHPflG. ist eine Haftung für die spezifischen, erhöhten Betriebsgefahren.

Der gleiche Grundgedanke liegt ferner der Gefahrtragung beim Werkvertrag und insbesondere den vom Reichsarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Tragung des sogenannten Betriebsrisikos zugrunde[29].

---

[28] Siehe im Recht 1922, S. 5 ff. Vgl. ferner: Oertmann in GrünhutZ. 24, 1 ff.; Strohal in JheringsJ. 33, S. 386; Oertmann im ArchZivPr., 20. n. F. S. 148 (Anwendung des Grundgedankens auf das Problem des anfänglichen Leistungsunvermögens).

[29] Der sogenannten „Sphärentheorie", d. h. das störende Ereignis hat derjenige zu tragen, in dessen Gefahrenkreis es fällt; vgl. RGZ. 106, 272 und zuletzt A. G. Hindenburg in ZAR. 38, 317 ff.

Die bekannteste Ausprägung dieses Gedankens stellt § 278 dar: Verwendet man Gehilfen im eigenen Interesse, so auch auf eigene Gefahr.

bb) Als allgemeine Gründe dieser das bürgerliche und das Arbeitsrecht beherrschenden Haftungsbestimmung führt Oertmann folgendes an[30]:

Man hafte auf Ersatz desjenigen Schadens, der innerhalb des eigenen Betriebes oder Einwirkungsbereiches entstanden sei, grundsätzlich einmal um deswillen, weil man ja auch die mit der Gestaltung dieses Geschäftskreises verbundenen Vorteile einheimse; zum anderen darum, weil man den Geschäftskreis selbst eingerichtet habe, leite und daher nach der typischen Sachlage für seine sachgemäße, die Außenwelt nicht nachteilig beeinflussende Gestaltung zu sorgen imstande und im Sinne einer angemessenen sozialen Interessenabwertung auch verpflichtet sei[31].

cc) Der zweite Gesichtspunkt ist ohne weiteres auf die öffentliche Verwaltung in ihrer Tätigkeit als Verwahrerin übertragbar.

Aber auch der erstere Gedanke ist „entsprechend" übertragbar: erforderlich ist lediglich, daß das typisch privatrechtliche Element „Handeln des einzelnen im eigenen Interesse" durch das typisch öffentlichrechtliche Element „Handeln des Verwaltungsapparats im Interesse der Gemeinschaft" ersetzt wird. Dem Interesse der Gemeinschaft — und des durch sie mittelbar geschützten Volksgenossen[32] — an einem Ausgleich des Schadens, der innerhalb des Verwaltungsapparates entstanden ist, ist schon deshalb zu entsprechen, weil der Apparat ja nur um der Gemeinschaft willen besteht.

Der allgemeine Rechtsgrundsatz, dessen Auswirkungen im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht aufgezeigt sind, kann mithin auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchen. Seine Anwendung auf die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse ergibt, daß der Staat grundsätzlich die Gefahr in einem Umfange trägt, wie ihn z. B. der § 278 für das Gebiet des Vertragsrechts umgrenzt.

III. Das Ergebnis steht somit im Einklang mit der von der Rechtsprechung vertretenen Anschauung. Es wird von der Rechtsprechung sachlich mit hinreichender Deutlichkeit umschrieben, wenn sie die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse als vertragsähnlich bezeichnet und sie dem Rechtsgedanken des § 278 unterstellt. Im Interesse einer kurzen Formulierung sollen im folgenden diese allgemein eingebürgerten Begriffe weiter verwendet werden, wenn sie auch sachlich als irreführend erkannt sind.

---

[30] Recht 1922, S. 5 ff.

[31] Vgl. auch die ähnlichen Ausführungen Hecks über die ratio des § 278 im Unterschied zu § 831, Schuldrecht S. 83.

[32] Frank, VerwR. S. 112.

4. Teil:

Die rechtliche Regelung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse im einzelnen.

§ 9.

Haftungsmaßstab und -umfang.

I. Nur in einer verhältnismäßig kleinen Anzahl öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse ist die Verwahrungspflicht durch den Staat selbst in Geschäfts- und Dienstanweisungen näher umgrenzt. Als Verwaltungsanordnungen begründen sie nicht, sondern verstärken lediglich den Schutz Dritter[1]. Ihre Nichtbeachtung stellt, wie bereits in § 7 ausgeführt, eine Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB. dar.

Im einzelnen sind besonders hervorzuheben die Aktenordnung für die deutschen Justizbehörden vom 28. 11. 1934 und die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher[2].

Die Aktenordnung trifft in den §§ 5 ff. bestimmte Anordnungen zur Sicherung der Verwahrung bei Gericht eingereichter Urkunden und als Beweismittel für den Strafprozeß beschlagnahmter Gegenstände. Die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher enthält nähere Vorschriften über die Verwahrung fremder Gelder (§ 12), gepfändeter Sachen (§ 75 Ziff. 2, 4—7) und die Behandlung des Erlöses bei Pfandversteigerung oder freihändigem Pfandverkauf (§ 124 Ziff. 17, § 126 Ziff. 13)[3].

II. In der Praxis die wichtigste und auch umstrittenste Frage ist, wie weit die Obhuts- und Sicherungspflicht in den nicht geregelten Fällen öffentlichrechtlicher Verwahrung zu bemessen ist.

Das Schrifttum zu dieser Frage[4] besteht fast ausschließlich in der Diskussion einzelner, von Instanzgerichten entschiedener Fälle.

M. E. nach kann eine von Einzelfällen ausgehende Untersuchung nicht weiterführen in diesem Gebiet, wo die unübersehbaren Variationen der konkreten Verhältnisse, aus denen eine öffentliche Verwahrung entsteht

---

[1] Daß sie überhaupt dem Schutz des einzelnen dienen, entspricht allgemeiner Meinung: siehe RG. in SeuffA. 79, 28; RG. in JW. 34, 2843; bezüglich der GVO. siehe RGZ. 137, 135; 134, 141.

[2] Siehe bei Sattelmacher-Lenz, a. a. O.

[3] Eine AV. des RJM. vom 3. 12. 1938, abgedruckt in der Deutschen Justiz, S. 1932, regelt in umfassender Weise die „Behandlung der in amtlichen Gewahrsam gelangten Gegenstände". Diese AV. tritt am 1. 1. 1939 in Kraft. — Für die Behandlung der Überführungsstücke in Strafsachen sind neben Nr. 3 und 7—12 dieser AV. von Bedeutung: a) Nr. 103—105 der Richtlinien für das Strafverfahren; b) § 9 Abs. 1 Nr. 3 und 5—7 der Aktenordnung; c) §§ 47 ff. der Strafvollstreckungsordnung.

[4] Insbesondere Meinzolt, a. a. O.; Josef, a. a. O,; Hofmann, a. a. O.; Zahn, a. a. O.; Ebert, a. a. O.; Schack, a. a. O.; Graff, a. a. O.

und zu beurteilen ist, zu immer wieder neuen, noch nicht gewürdigten Fällen führen wird.

Von einer richtigen Grundanschauung gehen dagegen Delius[5] und Degen[6] aus, indem sie versuchen, das gemeinsame, allen Verwahrungsverhältnissen Charakteristische herauszustellen. Beide unterliegen jedoch bei diesem Unternehmen dem gleichen Fehler: ihre Erwägungen über das Wesen öffentlichrechtlicher Verwahrungsverhältnisse bestehen darin, sie zu bürgerlichrechtlichen Verwahrungsfällen in Parallele zu setzen; beide vermögen nicht, sich vom Boden des Privatrechts zu lösen.

III. Wie bei der Begründung der Verwahrungspflicht (vgl. § 6), so kann auch bei ihrer Begrenzung allein eine rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise weiterführen.

Auszugehen ist davon, daß der Umfang der öffentlichrechtlichen Verwahrungsmaßnahmen allein eine Frage der Zweckmäßigkeit ist.

Das hat bereits Fleiner[7] richtig erkannt, indem er ein Verschulden in öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen dann bejahte, wenn bei der Instandhaltung und Überwachung der Anstaltsräume nicht das „den Zwecken jeder einzelnen Anstalt angepaßte Maß von Sorgfalt aufgewendet wird, das erforderlich ist, um die Benutzer vor Schaden zu bewahren". In erster Linie kommt es demnach auf die Frage an, was nun eigentlich unter „zweckmäßig" zu verstehen ist. Höhn[8] hat zu diesem Begriff die allgemeine Definition geprägt, daß die Zweckmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit „durch die im Einsatz liegende Aufgabenstellung" bestimmt werde. Das gilt aber auch im besonderem Maße für die öffentliche Verwahrungstätigkeit der Verwaltung.

Mit diesen grundsätzlichen Erwägungen ist der Haftungsmaßstab, das Verschulden, festgelegt und zugleich ein fester Ansatzpunkt gegeben, von dem aus der Umfang der Haftung zu bestimmen ist.

1. So ergeben diese Ausführungen ohne weiteres, daß der Umfang der öffentlichrechtlichen Verwahrungshaftung sich mit der bürgerlichrechtlichen Verwahrungshaftung nicht deckt: Die öffentlichrechtliche Haftung kann sowohl einen größeren wie einen geringeren Umfang haben.

Die öffentlichrechtliche Verwahrungshaftung geht z. B. weiter, indem sie auch dann eintritt, wenn der Staat in Verfolgung öffentlichrechtlicher Maßnahmen ein Grundstück in Besitz genommen und hierbei Schaden angerichtet hat. Die Rechtsprechung hat in diesen Fällen mit Recht stets eine Verpflichtung angenommen, „die Baulichkeit unversehrt wieder zurückzugeben, gleichwie bei beschlagnahmten oder zur zollamtlichen Behandlung genommenen Sachen[9]". — Eine bürgerlichrechtliche Verwahrungshaftung wäre in diesen Fällen nicht zu begründen, da deren Gegenstand immer nur bewegliche Sachen sein können[10].

---

[5] Im Recht 1920, S. 32 ff.

[6] A. a. O.

[7] Institutionen, S. 340; ebenso LG. Hagen in JW. 29, 2372.

[8] Frank, VerwR. S. 79.

[9] So OLG. Breslau, OLGE. 34, 115; OLG. Hamburg, OLGE. 43,158; RG. in DJZ. 1923, 499.

[10] Enneccerus-Lehmann, S. 588.

Andererseits kann die öffentlichrechtliche Verwahrung aber auch oft einen geringeren Haftungsumfang als die privatrechtliche Verwahrung haben. So werden unter Umständen geringfügige Beschädigungen der öffentlich verwahrten Sache im Gegensatz zur bürgerlichrechtlichen entgeltlichen Verwahrung keine Haftung begründen. Auch dieser Gedanke ist bereits in der Praxis angewendet worden. Einem vom OLG. Hamburg entschiedenen Fall[11] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Wegen Seuchengefahr hatte eine polizeilich angeordnete Desinfektion des klägerischen Dampfers stattgefunden. Der Dampfer hatte hierdurch kleine Schäden davongetragen. Nach der Entscheidung des OLG. hat der Eigentümer (Kläger) die Kosten für geringfügige Reparaturen selbst zu tragen; mit Recht, da der einzelne kleine Schäden hinnehmen muß, wenn Gründlichkeit und schnelles Handeln im Interesse der allgemeinen Sicherheit sie als unvermeidliche Folge mit sich führen[12].

Eine ähnliche Zweckerwägung liegt einer anderen Entscheidung des Hamburger Oberlandesgerichts[13] zugrunde, in der es sich darum handelt, den Umfang der behördlichen Haftung für Schuldiebstähle zu bestimmen. Das Oberlandesgericht spricht in diesem Falle offen aus, daß vereinzelte Diebstähle mit in Kauf genommen werden müßten(!), da weitere als die bezeichneten Maßnahmen in keinem Verhältnis mehr zu den dadurch entstehenden Kosten und überhaupt den zu sichernden Werten stehen würden.

Dieser Gedanke ist in der Tat sehr geeignet, die im einzelnen überaus bestrittenen[14] Obhuts- und Überwachungspflichten gegen Schuldiebstähle festzulegen. Die finanzielle Belastung durch Überwachungstätigkeit und etwaige Befriedigung von Schadensersatzansprüchen bestohlener Schüler muß stets dem Verhältnis entsprechen, in dem die untergeordnete Verwahrungstätigkeit zu den bildungspolitischen Zwecken der Anstalt steht. Danach muß aber jede Maßnahme für genügend erachtet werden, wenn sie nur, objektiv betrachtet, „unter den besonderen zeitlichen und örtlichen Verhältnissen bei sparsamster Verwendung der Mittel einen ausreichenden Schutz gewährt[15]".

2. Der besonderen Umstrittenheit halber sei auf die einzelnen Maßnahmen näher eingegangen, durch die der Obhutspflicht gegen Schuldiebstähle regelmäßig genügt wird.

Sämtliche Zugangstüren der Schulen sind so einzurichten, daß sie ohne weiteres nur von innen, von außen nur mit einem Schlüssel zu öffnen sind[16],

Fremden Personen soll möglichst nur nach vorherigem Klingeln durch den Pedell Zutritt gewährt werden[17]. Daraus ist aber nicht zu

---

11 SeuffA., 61. Bd., Nr. 249.

12 Das OLG. Hamburg hat die Entscheidung nicht mit einer solchen Zweckmäßigkeitserwägung begründet, sondern aus dem Wortlaut („Entschädigung") des Reichs-Seuchengesetzes vom 30. 6. 1900 (RGBl. S. 300 ff.).

13 Urteil v. 27. 3. 1931, abgedr. in ZBR. 32, 138.

14 Vgl. insbes. Josef, a. a. O. und Zahn, a. a. O.

15 Schack in BJB. 1935, S. 282.

16 Josef, a. a. O.; OLG. Rostock in OLGE. 41, 118.

17 So OLG. Hamburg, a. a. O.; Hofmann, a. a. O.

folgern, daß es nun einzige Aufgabe des Pedells wäre, den Haupteingang zu überwachen[18]. Ebensowenig könnte verlangt werden, daß der Pedell sich ausschließlich mit der Bewachung der Flure befasse[18]. Er hat vielmehr — um Gehälter für weiteres Personal zu sparen — auch die mannigfachen anderen Aufgaben der Schulverwaltung mit wahrzunehmen. Neben diesen anderen Aufgaben obliegt ihm hinsichtlich der Bewachung der Schülergarderobe nur eine allgemeine Aufsichtspflicht, die sich auf die Beaufsichtigung des Schulgebäudes überhaupt erstreckt, nicht etwa nur auf die Flure[19].

Enger als der haftungsbegründende Pflichtenkreis des Pedells ist der des Rektors: die Verwahrung der Schülergarderobe nimmt innerhalb seiner allgemeinen Aufsichtspflicht über den gesamten Anstaltsbetrieb und die mit diesem Betrieb im Zusammenhang stehenden Einrichtungen nur einen kleinen Raum ein. Unzweifelhaft ist eine Pflichtverletzung des Schulleiters im Sinne des § 839 BGB. z. B. dann gegeben, wenn etwa Garderobenständer in einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Durchgang aufgestellt werden, oder der Fahrradstand unmittelbar von der Straße aus zugänglich ist[20].

Wird ein Diebstahl dadurch ermöglicht, daß ein Fenster des Ganges im Erdgeschoß offensteht, so hat der Pedell nur dann seine allgemeine Aufsichtspflicht verletzt, wenn er sich in der Zeit um gar nichts gekümmert und etwa gelesen oder geschlafen hat. Eine Pflichtverletzung des Rektors kommt in einem solchen Fall nicht in Frage — es sei denn, er habe „offenbare Mißstände[21]", die durch die Schlafmützigkeit des Pedells eingerissen sind, unabgestellt gelassen.

Dagegen, daß Schüler der Anstalt selbst einander Sachen entwenden, wird ein einigermaßen sicherer Schutz kaum möglich sein. Besondere Sicherungsmaßnahmen und eine Haftung des Staates[22] kommen in diesen Fällen daher für gewöhnlich nicht in Betracht[23]. Im Gegenteil, von den Schülern, denen ja diese Gefahr nicht unbekannt ist, wird zu fordern sein, daß sie ihrerseits zur Verringerung der Diebstahlsmöglichkeiten beitragen, indem sie z. B. ihre Fahrräder anzuschließen haben und Geld nicht in Manteltaschen stecken lassen[24].

3. Entsprechende Pflichten, wie sie sich im letzten Beispiel für Schüler ergeben, treffen insbesondere auch den Beamten.

Überaus häufig sind die Fälle, daß für Beamte entweder gar keine Verwahrungsgelegenheit bereit steht[25], oder es ist zwar ein Schrank oder ein verschließbares Zimmer vorhanden, diese Verwahrungsmöglichkeit

---

[18] So KG. in KGBl. 21, 16.

[19] So richtig Meinzolt, a. a. O.

[20] Meinzolt, a. a. O.

[21] Meinzolt, a. a. O.

[22] Für Haftung anscheinend Delius, Recht, 20, 35.

[23] Allenfalls eine Haftung des Lehrers aus § 832 BGB., so richtig Meinzolt, a. a. O.

[24] Zur Begründung, daß nicht nur den Staat, sondern auch den Anstaltsbenutzer Pflichten treffen, erscheint der insbesondere von Jerusalem (Frank, VerwR. S. 290) vertretene Gedanke der Hausgemeinschaft brauchbar.

[25] Siehe z. B. OLG. Königsberg in SeuffA. 76, Nr. 50.

reicht aber nicht aus, sei es, daß der Schrank nicht verschließbar ist, oder daß z. B. das Lehrerzimmer nur durch ein einfaches, mittels Dietrichs ohne weiteres zu öffnendes Schloß gesichert ist usw.

Die Rechtsprechung hat in all diesen Fällen dann eine Haftung des Staates verneint, wenn der Kläger eine Beschwerde darüber unterlassen hat, daß seine Garderobe zu unsicher aufbewahrt sei. Ein solches Verhalten zeigt nach Ansicht der Rechtsprechung, daß dem Beamten auch die unzweckmäßige Aufbewahrung genügt[26].

Das Ergebnis ist zu billigen. Es ist meiner Ansicht nach aus dem Treueverhältnis zwischen Staat und Beamten zu begründen. Das Treueverhältnis ist wechselseitig: So wie einerseits aus der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten auch die Pflicht zur zweckmäßigen Verwahrung folgt, so besteht andererseits auch eine Pflicht des Beamten, es in Verhältnissen, in denen sich eine Verwahrungsmöglichkeit als unsicher herausstellt, „nicht darauf ankommen zu lassen". Eine Verletzung dieser Treuepflicht schließt einen Schadensersatzanspruch aus; einer Heranziehung des § 254 BGB.[27] bedarf es nicht.

Aus ähnlichen Erwägungen wird auch dann zu entscheiden sein, wenn der Beamte in einer an sich zweckmäßigen Verwahrungseinrichtung etwa einen ungewöhnlich kostbaren Pelzmantel ablegt.

4. Eine weitere, im einzelnen sehr zweifelhafte Frage ist, ob und in welchem Umfang der Staat in öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen zu einem Tätigwerden verpflichtet ist.

Ist die Behörde beispielsweise verpflichtet, vorhandene Schäden des verwahrten Gegenstandes zu seiner Erhaltung zu beheben oder sonstwie unwirksam zu machen?

Das Oberlandesgericht Stuttgart[28] hebt zutreffend hervor, daß eine derartige Aufgabe sich häufig in keiner Weise mit den anderweitigen und dringlicheren Amtsaufgaben der staatlichen Organe vertrage und im allgemeinen mit dem Amtsbetrieb unvereinbar sei.

Anders wird aus allgemeinen volkswirtschaftlichen Gründen zu entscheiden sein, wenn es sich um leicht verderbliche Sachen handelt. Dann ist regelmäßig eine Pflicht des Staates zur schnellen Verwertung anzunehmen[29].

Aber gerade bei denjenigen Schäden, die durch die schnelle Verderblichkeit der Sachen entstanden sind, fragt sich, ob sie überhaupt aus dem öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnis zu beurteilen sind oder ob sie nicht vielmehr bereits durch die Inverwahrungnahme als solche entstanden sind. Darf eine Inverwahrungnahme überhaupt erfolgen, wenn der Verderb vorauszusehen ist?

Dem Reichsgericht hat diese Frage im folgenden Fall vorgelegen[30]: Flüchtende Diebe ließen ihre Beute, ein totes Schwein, im Stich. Der

---

[26] So HansOLG. in HansGZ., Beibl. 22, S. 97; siehe auch ZBR. 1932, S. 137; OLG. Königsberg in SeuffA. 76, Nr. 50.

[27] So OLG. Königsberg, a. a. O.

[28] OLGE. 41, 142.

[29] So mit Recht OLG. Kiel, SchleswHolstAnz. 36, 91.

[30] Urt. v. 14. 11. 33, HRR. 34, 388.

Bürgermeister untersagte die Öffnung des Schweines, damit nicht die Fingerabdrücke der Täter verwischt würden. Das Schwein verdarb in der Folge.

Das Reichsgericht geht aus von der Scheidung zwischen der polizeilichen Anordnung, durch die dem Kläger (Eigentümer) die Verfügungsgewalt entzogen und auf die Ortspolizeibehörde übertragen wurde und dem dadurch begründeten öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnis. Die amtliche Verfügung unterliegt dem nicht nachprüfbaren Ermessen der sie veranlassenden und vornehmenden Verwaltungsbehörde. Die Sorge für die beschlagnahmte Sache bringe dagegen für die sie veranlassende Behörde eine Amtspflicht gegenüber dem Eigentümer als einem Dritten im Sinne des § 839 BGB. mit sich.

M. E. ist in einem derartigen Fall bereits aus der amtlichen Verfügung ein Schadensersatzanspruch zu begründen. Auch als Ermessensentscheidung hat sich die Verfügung eindeutig an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu orientieren[31]. Bei Erlaß der polizeilichen Anordnung hätte der Ortspolizei die Prüfung obgelegen, ob die Abnahme der Fingerabdrücke vor Verderb der Sache durchzuführen sei. Erschien das zweifelhaft, so war weiterhin zu prüfen, ob der zu erreichende Erfolg, nämlich die Strafverfolgung, den Verderb der Sache rechtfertige. Das aber war in diesem Falle zu verneinen und damit bereits ein zum Schadensersatz führender Fall des Ermessensmißbrauchs gegeben[32].

IV. In enger Verbindung mit der Begrenzung des Haftungsumfanges steht die Frage, in welchem Umfang hat der Kläger im Prozeß gegen das Reich den Schadensersatz begründenden Tatbestand darzulegen?

Stützt der Kläger sich auf Art. 131 WV. in Verb. mit § 839 BGB., so hat er nach allgemeinen Grundsätzen[33] das Verschulden eines bestimmten Beamten nachzuweisen. Das würde dem Kläger in den Fällen öffentlichrechtlicher Verwahrung aber kaum jemals gelingen: Er hat keinen Einblick in die interne Verwaltungstätigkeit. Aufklärung kann allein die Behörde selbst geben[34].

Eine Aufklärungspflicht der Behörde hat die Rechtsprechung auch stets bejaht. So führt z. B. das Oberlandesgericht Kiel[35] anschaulich aus: „Welchem Beamten eine fahrlässige Amtspflichtverletzung (hinsichtlich des Abhandenkommens eines bei den Zivilprozeßakten belassenen Testamentes) zur Last fällt — dem Referendar, der im Rechtshilfetermin das Testament zu den Akten nahm, dem Rechtshilferichter beim Amtsgericht, dem Einzelrichter beim Landgericht —, bedarf keiner näheren Feststellung[36]."

Dem Staat obliegt also grundsätzlich die Beweislast dafür, wie die Sachen abhanden gekommen bzw. beschädigt worden sind.

Scharf zu unterscheiden ist gerade in diesen Fällen, ob es sich um die Frage der Beweislast oder um eine „Vermutung des ersten Anscheins"

---

[31] Höhn, in Frank, VerwR. S. 79 zu Anm. 28.

[32] RGZ. 138, 309/313: Ein Ermessensmißbrauch kann besonders in der Wahl eines durch den zu erreichenden Zweck nicht gerechtfertigten Mittels liegen.

[33] Enneccerus-Lehmann, § 226 II 2.

[34] Der gleiche Grundgedanke liegt im bürgerlichen Recht § 282 BGB. zugrunde.

[35] SchleswHolstAnz. 34, 129.

[36] Ebenso u. a. RG. in HRR. 33, Nr. 1751.

handelt, die zu ungunsten des Staates aus dem Gesamtverhalten eines Beamten zu entnehmen ist[37]. Bei letzterer handelt es sich nicht um die Beweislastverteilung, sondern um Beweiswürdigung[38]. Der Beweiswürdigung geht aber die Frage nach der Beweislastverteilung voraus.

Welchen Umfang hat nun die Aufklärungspflicht des Staates bei Schadensersatzansprüchen aus öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen?

Da der Staat für unaufgeklärten, unverschuldeten Schaden nicht haftet, genügt der Beweis, daß er alle ihm obliegende Pflichten mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfüllt hat[39].

Die Haftung und damit die Anforderungen an den Entlastungsbeweis richten sich im Einzelfall nach der Übernahme der vollen oder beschränkten Verantwortlichkeit[40]. Der Entlastungsbeweis des Staates z. B. für einen Pedell unterliegt also geringeren Anforderungen als z. B. für einen Gerichtsvollzieher, aus dessen Pfandkammer Pfandgegenstände abhanden gekommen sind.

§ 10.

Die Herausgabe der öffentlich verwahrten Sache.

A. Die Herausgabepflicht der Behörde.

Wie die Verwahrungspflicht, so entspringt auch die Rückgabepflicht unmittelbar aus dem Aufgabenkreis der öffentlichen Verwaltung. In Übereinstimmung mit dieser Auffassung steht der Standpunkt von Fleiner[1] und Sprotte[2], wonach als Grundlage dieser Pflicht — soweit es sich um öffentliche Anstalten handelt — das „besondere Gewaltverhältnis" angenommen wird. Der Gehalt der Anstaltsgewalt stellt sich als nichts anderes dar, als die Gesamtheit der materiellen Aufgaben der Anstalt[3].

Ist demnach die öffentliche Aufgabe, die zur Inbesitz- und Verwahrungnahme einer Sache geführt hat, erfüllt, so ist die Sache von Amtswegen an den Berechtigten herauszugeben. Für eine Verletzung der Herausgabepflicht, etwa durch Verzug, haftet der Staat gemäß § 839 BGB., Art. 131 WV.; bürgerlichrechtliche Gesichtspunkte kommen nicht zum Zuge.

Der Herausgabeakt führt zu mehreren Einzelfragen:

I. An wen ist die verwahrte Sache herauszugeben?

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Rückgabe beschlagnahmter Sachen enthält § 111 StPO. Dieser regelt aber nur den Fall, daß der Beschuldigte einem Dritten durch strafbare Handlung eine Sache entzogen hat und alle Voraussetzungen für eine Bestrafung gegeben sind[4].

---

37 RG. v. 18. 3. 33; LZ. 33, 65.

38 RGZ. 134, 241.

39 Ebenso umgrenzt RGZ. 74, 344 die Beweislast des Schuldners gemäß § 282 BGB.

40 RGZ. 137, 153.

1 Institutionen, S. 167.

2 A. a. O. S. 75.

3 Frank, VerwR. S. 287.

4 Siehe Löwe-Rosenberg zu § 111 Anm. 2.

Stehen in einem solchen Falle Rechte Dritter nicht entgegen, so sind die Sachen an den Verletzten herauszugeben.

§ 111 StPO. kann jedoch dann keine Anwendung finden, wenn z. B. das Strafurteil auf Freisprechung lautet. Für diesen Fall, wie überhaupt allgemein für Fälle der Beschlagnahme durch irgendeine staatliche Dienststelle (Polizei, Finanzamt usw.) fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, an wen die Herausgabe zu erfolgen hat. In all diesen Fällen ist auf den allgemeinen Grundsatz zurückzugehen, als dessen Ausnahmeregelung schon in den Beratungen zur Strafprozeßordnung der § 111 StPO. angesehen wurde: Hat man die Nichtberechtigung des Beschuldigten und Verletzung eines Dritten nicht feststellen können, steht auch die bessere Berechtigung eines anderen nicht fest, so bleibt es bei dem allgemeinen Prinzip, daß die Herausgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber zu erfolgen hat[5].

Eine Pflicht, die Rechtsverhältnisse an beschlagnahmten Sachen zu prüfen, besteht nur, soweit sie aus dem staatlichen Aufgabenkreis folgt, also vor allem im Strafverfahren. Grundsätzlich ist dem Staat eine solche Prüfungspflicht nicht zuzumuten[6]. Wohl aber muß man dem Staat im Interesse der öffentlichen Ordnung ein Prüfungsrecht in zweifelhaften Fällen zugestehen. Trägt z. B. ein Strafgefangener bei seiner Einlieferung wertvollen Schmuck, den er allem Anschein nach nur durch eine strafbare Handlung erlangt haben kann[7], so wird die Staatsanwaltschaft zunächst auf Klarstellung des Eigentumserwerbs an den Schmuckstücken hinzuwirken haben. Können die Angaben des Strafgefangenen nicht widerlegt werden, so hat die Staatsanwaltschaft kein Recht, ihm die Sachen nach seiner Entlassung vorzuenthalten.

II. W o hat die Rückgabe stattzufinden? Wer trägt die K o s t e n des Rücktransportes und überhaupt der Beschlagnahme?

Eine einheitliche Regel, wie sie § 697 BGB. für die bürgerlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse enthält, läßt sich für die öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse nicht aufstellen. Der Gedanke, daß der Rückgabepflicht eine „Holschuld des Hinterlegers" entspricht, trifft auf öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse nicht zu. Die Rückgabe der öffentlich verwahrten Sache ist vielmehr nichts anderes als eine einzelne Diensthandlung innerhalb des allgemeinen Geschäftsbetriebs und als solche an den Sitz der Behörde sowie ihre Geschäftszeit gebunden[8]. Ebenso obliegt dem Staat grundsätzlich die Regelung der Kostentragung[8]. In der Regel sind die Verwahrungskosten in der Gebühr enthalten, die die öffentliche Anstalt für ihre Benutzung fordert.

Insbesondere die Kosten der strafprozessualen Beschlagnahme sind ordentliche Verfahrenskosten, und zwar auch diejenigen Verwahrungskosten, die im staatsanwaltschaftlichen Verfahren entstanden sind, also streng genommen nicht zu den Gerichtskosten gehören. Das ist mit

---

[5] Vgl. auch den Fall in HRR. 36, Nr. 188.

[6] So auch Sprotte, S. 78.

[7] Beispiel von Sprotte, S. 78, 79.

[8] Siehe im einzelnen z. B. die eingehenden Vorschriften über die Herausgabe sichergestellter Kraftfahrzeuge; zusammengestellt von Schubert, Polizei 1937, S. 342.

Friedländer[9] daraus zu folgern, daß die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Gerichtsverfassungsgesetz und in der Strafprozeßordnung im organischen Zusammenhang neben der des Gerichts geregelt ist, so daß die Kostenbehandlung des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens nach dem Sinn der Gesetze nach denselben Bestimmungen erfolgen soll, wie sie für die Erhebung der Auslagen durch die Gerichte gelten.

Hat nun z. B. auch der Freigesprochene — entsprechend der grundsätzlichen Regelung — für die Rückschaffung seiner beschlagnahmten Sachen aufzukommen, oder sind die Kosten des Rücktransports gemäß § 467 Abs. 2 StPO. als dem freigesprochenen Angeschuldigten erwachsene notwendige Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen? Gegen eine Anwendung des § 467 Abs. 2 StPO. spricht nicht das Fehlen positiver Bestimmungen in der Strafprozeßordnung. Dieser Schluß kann auch nicht daraus gezogen werden, daß z. B. die Gesetze betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. 5. 1898 und betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. 7. 1904 eine Entschädigung besonders anordnen. Diese Sondervorschriften regeln Fragen, die von dem hier vorliegenden Fall so abweichen, daß keine Schlüsse aus ihnen zu ziehen sind[10]. Der Freigesprochene ist vielmehr einem unbeteiligten Dritten gleichzustellen. Von einem Dritten könnte aber nicht verlangt werden, daß er dem Staat die mit der Strafverfolgung verbundenen Auslagen bezahlt. Der Staat ist in diesen Fällen vielmehr ausnahmsweise zur kostenlosen Wiederherstellung des früheren Zustandes als verpflichtet anzusehen[11].

B. Der Herausgabeanspruch des Berechtigten.

Bezeichnet man dem oben in A II aufgestellten allgemeinen Prinzip gemäß den letzten Gewahrsamsinhaber der öffentlich verwahrten Sache als den Herausgabeberechtigten, so kann eine Berechtigung im Sinne eines gegen den Staat gerichteten Anspruchs nur insoweit in Frage stehen, als der öffentliche Aufgabenkreis nicht gestört wird.

I. Wie diesem Grundgedanken konstruktiv zu entsprechen ist, ist eine bestrittene Frage.

a) Vertreten sind wohl alle denkbaren Möglichkeiten.

Nach einer Ansicht[12] ist der Herausgabeanspruch als eine Regel „selbständiger, öffentlichrechtlicher Natur" anzusehen, der Anspruch entsteht bereits mit der Inverwahrungnahme und ist in seiner Verwirklichung abhängig von den jeweils vorherrschenden staatlichen Interessen.

Das Reichsgericht ist in einer Entscheidung vom 12. 12. 1924[13] der Auffassung, daß durch die Ergreifung des Gewahrsams an Gegenständen „eine öffentlichrechtliche Verbindlichkeit zu deren künftiger Herausgabe" an den Berechtigten begründet werde.

---

9 A. a. O. S. 23.

10 Canstein, a. a. O. S. 69.

11 Canstein, a. a. O. S. 70.

12 Sprotte, a. a. O. S. 77; anscheinend ebenso Fleiner, Institutionen S. 339: zwischen der Behörde und dem Privaten „entsteht ein Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur".

13 SeuffA. 79, 28.

In einem Urteil vom 15. 12. 1925[14] führt das Reichsgericht aus, daß bis zur Entscheidung über das endgültige Schicksal der beschlagnahmten Gegenstände jedenfalls die in der Privatrechtsordnung wurzelnden Rechte Dritter an den Gegenständen fortbeständen, und durch die Entscheidung auch von der durch die Beschlagnahme entstandenen Beschränkung frei werden könnten. Mit dieser Erwägung läßt das Reichsgericht einen Weg offen, der vorher bereits wiederholt von der Rechtsprechung[15] beschritten worden ist: Ist die Beschlagnahme erledigt, so handelt es sich nur mehr um eine privatrechtliche Beziehung zwischen Staat und Berechtigtem; der Berechtigte kann auf Grund seines Eigentums oder eines dem § 695 BGB. entsprechenden Rechtes die Gegenstände von dem Staat herausfordern.

b) Konstruktionskontroversen dieser Art beruhen, worauf besonders Heck stets auf das nachdrücklichste hingewiesen hat[16], auf der Unbestimmtheit der gebrauchten Hilfsbegriffe und damit der „Unbestimmtheit der Objektsbestimmung". Das Objekt läßt verschiedene Beziehungen zu, deren Hervorhebung möglich ist; mit der Heraushebung der einzelnen Beziehung aus der Gesamtvorstellung entsteht die „Streitfrage". Ein solches „Strukturproblem" im Sinne Hecks stellt die Meinungsverschiedenheit über die materielle Natur des Herausgabeanspruchs dar.

Das zu erkennen, wird wichtig nicht so sehr im Hinblick auf daraus entspringende praktische Folgerungen; eine allgemeinere Bedeutung kann einer Einzelfrage wie der vorliegenden vielmehr nur deshalb zuerkannt werden, weil sich bei ihrer Erörterung das überaus langsame Vordringen einer öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise in typischer Weise zeigt.

Der Blick für Zusammenhänge innerhalb des öffentlichen Rechts ist noch nicht hinreichend geschärft — sonst hätten die abweichenden Ansichten über den Anspruch auf Herausgabe beschlagnahmter Sachen sich in dem Augenblick als „bloße Konstruktionskontroversen" erledigt, in dem sich in einer Reihe gleichliegender Fälle eine bestimmte, einheitliche Entwicklung anbahnte. Gedacht ist hierbei an das Rechtsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Eigentümer einer Sache des öffentlichen Dienstes[17], also z. B. an die Fälle, daß jemand ein Grundstück zum Betrieb einer Schule oder einer öffentlichen Bücherhalle vermietet hat. Nach herrschender Meinung ist in diesen Fällen teils öffentliches Recht, teils Privatrecht anzuwenden[18], und zwar hört die Herrschaft des Privatrechts über die öffentliche Sache an dem Punkt auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt[19]. Die Privatrechte des einzelnen leben also fort, aber sie sind beschränkt durch die öffentliche Zweckbestimmung.

Die gleiche Sachlage besteht aber bei beschlagnahmten Sachen. Es

---

[14] SeuffBl. 80, 80.

[15] OLG. Hamburg in HansGZ. 1907, Beibl. S. 73, Nr. 52; HansGZ., Beibl. 1920, 163; SeuffA. 65, 166; RG. in HRR. 36, Nr. 188 begründet den Herausgabeanspruch aus einer entsprechenden Anwendung des § 695 BGB.

[16] Vgl. Begriffsbildung S. 188 ff., insbes. S. 193, 195.

[17] Fleiner, Institutionen S. 352, spricht von „Verwaltungsvermögen" oder öffentlichen Sachen im engeren Sinn.

[18] Fleiner, Institutionen, S. 353.

[19] Fleiner, a. a. O. S. 358.

ist daher allein auf eine ungenaue „Objektsbestimmung" zurückzuführen, wenn in diesen Fällen ein rein öffentlichrechtlicher Herausgabeanspruch eigener Art oder ein privatrechtsähnlicher Anspruch angenommen wird.

Grundlage für den Herausgabeanspruch ist vielmehr in erster Linie der dingliche Anspruch aus dem Eigentum (§ 985 BGB.). Daneben können aber auch Ansprüche aus früherem Besitz (§ 1007 BGB.) und aus dem Besitzschutzrecht (§ 861 Abs. 1 BGB.) in Betracht kommen; diese Vorschriften könnten jedoch nur eine analoge Anwendung finden, weil nicht der bösgläubige Besitzerwerb bzw. die Besitzentziehung, sondern die Vorenthaltung des Besitzes die schlechtere Besitzberechtigung bzw. verbotene Eigenmacht darstellen würde.

II. Während der Dauer der Beschlagnahme gilt für diese Herausgabeansprüche das gleiche wie für Rechte an einer Sache des öffentlichen Dienstes: Die Rechte sind mehr oder minder wertlos. Ihr Wert besteht fast nur noch in der Möglichkeit, daß die Beschränkung wieder aufgehoben und so das volle Recht wieder hergestellt wird.

Damit ist die Verfügungsmacht des Berechtigten aber nicht völlig aufgehoben; öffentliche Sachen und beschlagnahmte Sachen sind keine rei extra commercia. Dem Berechtigten sind nicht alle Einwirkungen verboten, sondern nur solche, welche die „Erfüllung der öffentlichen Aufgabe[20]", der die Sache dient, hindern. „An der Unentbehrlichkeit dieser Sachen für die öffentliche Verwaltung bricht sich das private Recht jedes Gläubigers[21]." Der Eigentümer kann also auch über eine beschlagnahmte Sache durch Abtretung des (vorläufig öffentlich beschränkten) Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. verfügen.

Praktisch am wichtigsten ist die für Dritte bestehende Möglichkeit, den Herausgabeanspruch des Berechtigten zu pfänden.

So ist z. B. nach § 13 der hamburgischen Asservatenordnung für die Staatsanwaltschaft vom 4. 11. 1922, „wenn die Asservate für das Verfahren keine Bedeutung mehr haben", bares Geld bei Vorliegen eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Andere Asservate sind, wenn ein Pfändungs- oder ein Überweisungsbeschluß nach § 847 ZPO. vorliegt, an den vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben. Bestehen Zweifel darüber, ob der gepfändete Anspruch dem Schuldner zusteht, so sind hinterlegbare[22] Asservate zu hinterlegen. Bei nicht hinterlegbaren Asservaten ist dritten Personen, die Ansprüche auf das Asservat erheben, unter Mitteilung der Sachlage und Setzung einer Frist Gelegenheit zu geben, ihre Rechte im Zivilrechtsweg geltend zu machen.

III. Regelmäßig wird die amtliche Herausgabestelle dem Inhaber eines Zivilrechtstitels die beschlagnahmte Sache herausgeben, da sie kein Interesse daran haben kann, beschlagnahmte Sachen noch lange aufzubewahren. Verpflichtet dazu ist sie aber nicht. Vor der Berücksichtigung eines Herausgabeanspruchs ist stets erst der Umfang der Herausgabepflicht des Staates festzustellen. Zuerst hat sich also z. B. der Strafrichter

---

20 Fleiner, a. a. O., S. 358.
21 Fleiner, a. a. O. S. 359.
22 Vgl. § 372 BGB.

aus eigener unabhängiger Prüfung in seiner Herausgabeentscheidung über den Herausgabeberechtigten Klarheit zu verschaffen; erst dann kann geprüft werden, ob der Titel gegen den strafrechtlich Herausgabeberechtigten wirkt.

§ 11.

Zulässigkeit des Rechtswegs?

I. a) Ob der Rechtsweg für Ansprüche auf Herausgabe öffentlich verwahrter Sachen zuzulassen ist, hängt nach Fleiners Ansicht[1] von folgender Unterscheidung ab: Ist die Sache selbst Objekt eines öffentlichen Zwecks, so kann die Herausgabe nach Erreichung des öffentlichen Zwecks nicht mit einer zivilrechtlichen Klage, sondern, da es sich um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis handelt, nur mit den verwaltungsrechtlichen Schutzmitteln[2] gefordert werden. Nur wenn die Sache bloß gelegentlich eines öffentlichen Zwecks in die öffentliche Gewalt gelangt ist (z. B. Kleider des Schülers, des Kranken usw.), nimmt Fleiner an, daß der Berechtigte im ordentlichen Rechtsweg die Sache mit der Eigentumsklage fordern oder gegen den Staat wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen könne.

Nach Sprottes Meinung[3] ist innerhalb der zweiten Fallgruppe eine Einschränkung vorzunehmen: Der Strafgefangene könne grundsätzlich nicht befugt sein, den Staat auf Herausgabe seiner Sachen zu verklagen. Sprotte stützt seine Ansicht auf folgende Gründe: der Staat könne nicht als Partei vor ordentlichen Gerichten auf gleiche Stufe mit Menschen von vielfach minderer moralischer Qualität gestellt werden. Der Staat könne dadurch in eine Lage gebracht werden, in der er sehenden Auges an der Mitwirkung eines gesetzwidrigen Zustandes mitwirken müsse, so z. B., wenn er der Klage eines Diebes auf Herausgabe von Schmuckstücken, die allen Umständen nach nur durch eine strafbare Handlung erlangt sein könnten, ausgesetzt sei. — Diese Erwägungen Sprottes können jedoch nicht auf die Frage, ob der Rechtsweg zu gewähren ist, sondern allein auf den materiellen Gehalt der Verwahrungspflicht des Staates bezogen werden und sind in dem Zusammenhang bereits gegen Sprotte beantwortet worden[4].

In zweiter Linie beruft Sprotte sich auf den gleichen Grund, den auch Fleiner anführt: es handle sich um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis.

b) Nach der hier vertretenen Ansicht über die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs handelt es sich um einen privatrechtlichen Anspruch, dessen Geltendmachung gegen den Staat während der Durchführung der jeweils verfolgten öffentlichen Aufgabe beschränkt ist. Die Beschränkung ist, und insoweit besteht im praktischen Ergebnis Übereinstimmung mit Fleiner und Sprotte, darin zu sehen, daß während der Er-

[1] Institutionen, S. 339.

[2] Z. B. die strafprozessuale Beschwerde gegen die Herausgabeentscheidung des Strafrichters; die Rechtsmittel der Strafvollzugsordnung vom 14. 5. 1934 (RGBl. 1934, I, 383 ff.), §§ 147 ff.

[3] A. a. O. S. 68 ff., insbesondere S. 78, 79.

[4] Siehe oben § 10 A I zu Anm. 7.

füllung der staatlichen Zwecke dem Herausgabeberechtigten nur die verwaltungsrechtlichen Schutzmittel zu Gebote stehen. Aber auch nach Beendigung der öffentlichen Aufgabe ist der Berechtigte grundsätzlich noch auf die gleichen Rechtsmittel zu verweisen, da zunächst der Behörde selbst Gelegenheit zu geben ist, ihren Standpunkt zu revidieren. Gerade in diesen Fällen, in denen immer wieder „wechselnde Zweckmäßigkeitserwägungen und pflichtgemäßes Ermessen[5]" im Vordergrund stehen, muß die übergeordnete Verwaltungsbehörde als in erster Linie zur Entscheidung berufene Instanz angesehen werden. Führt dieser Weg jedoch nicht zur Herausgabe, so ist in allen Fällen öffentlicher Verwahrung der ordentliche Rechtsweg für den Herausgabeanspruch zu eröffnen[6], und zwar ohne daß es noch weiter darauf ankommt, ob die geforderte Sache als Objekt eines öffentlichen Zwecks oder gelegentlich eines solchen in die öffentliche Gewalt gelangt ist. Diese Fleinersche Scheidung ist im Ausdruck mißverständlich, da sie leicht dazu führen kann, die hier gezogene Abgrenzung der öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnisse (siehe §§ 3 und 4 dieser Arbeit) zu verwischen. Sachlich enthält Fleiners Unterscheidung nichts weiter, als daß die Verknüpfung der Sache mit der öffentlichen Aufgabe in einigen Fällen engerer, in anderen loserer Natur ist. Dieser Umstand kann aber für sich allein keine Unterschiedlichkeit in der Rechtsdurchsetzung begründen. Dafür, daß einheitlich die zivilrechtliche Herausgabeklage vor den ordentlichen Gerichten zuzulassen ist, spricht einmal die in der Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937 (RGBl. 1937, I, 285 ff.) getroffene Regelung. Der Gesetzgeber ist Fleiners Ansicht[7], daß allein die Verwaltungsbehörden zuständig seien, nicht gefolgt, er hat vielmehr die viel umstrittene Frage in § 3 HO. in dem hier vertretenen Sinne entschieden, daß nach Erschöpfung der verwaltungsrechtlichen Schutzmittel die Herausgabeklage im ordentlichen Rechtswege erhoben werden kann.

Aber auch aus allgemeinen Erwägungen ist der Rechtsweg zuzulassen. Es kann nicht angehen, etwa der beschlagnehmenden Behörde selbst die Entscheidung über das Bestehen eines Herausgabeanspruchs zu überlassen. Denn Vertrauen wird der Volksgenosse, wie Danckwerts[8] zutreffend hervorhebt, stets nur einer selbständigen, vom Dienstbefehl freigestellten Einrichtung entgegenbringen. Als eine solche Einrichtung kann das Verwaltungsgericht dann in Frage kommen, wenn seine Zuständigkeit durch eine Generalklausel[9] begründet ist. Denn es handelt sich hier im Grunde, wie es z. B. deutlich bei der strafrichterlichen Herausgabeentscheidung hervortritt, um eine Entscheidung über Anordnungen, die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommen werden. Nähme man jedoch in diesen Fällen eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts an, so wäre dem Volksgenossen in den anderen Fällen, in denen die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Wege der Enumeration[10] begründet ist, regel-

5 Sprotte, a. a. O. S. 79.
6 Zustimmend Apelt, Die Zulässigkeit des Rechtswegs, S. 61.
7 Institutionen, S. 339 Anm. 68.
8 Frank, VerwR. S. 114.
9 Fleiner, Institutionen S. 254.
10 Vgl. Fleiner, a. a. O. S. 254, 255.

mäßig der Rechtsschutz versagt, er wäre in einer Vielzahl von Fällen somit rechtlos[11].

Diese Erwägung muß aber dazu führen, im Interesse einer Gleichstellung aller Volksgenossen hinsichtlich der Rechtsverfolgung die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für alle Klagen auf Herausgabe öffentlich verwahrter Sachen zu bejahen[12].

Im Einklang hiermit steht, daß auch für die ähnlich liegenden Streitigkeiten zwischen Hoheitsträger und Eigentümer über die Öffentlichkeit einer Sache der Rechtsweg stets zugelassen worden ist[13].

II. Schadensersatzansprüche aus mangelhafter öffentlicher Verwahrung gehören, obwohl es sich um öffentlichrechtliche Ansprüche handelt, in jedem Fall vor die ordentlichen Gerichte.

Das folgt, soweit der Anspruch aus der Staatshoheitshaftung hergeleitet wird, aus der ausdrücklichen Zuweisung des Artikels 131 Abs. 1 Satz 2 WV.

Wird der Anspruch aus einem vertragsähnlichen, öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnis begründet, so wären gemäß § 13 GVG. allerdings nach heutiger Anschauung die ordentlichen Gerichte unzuständig, da es sich nicht um eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit handelt und eine besondere Zuweisung nicht besteht.

Daß es aber auf die heutige Anschauung nicht ankommen kann, ergibt sich aus einem rechtspolitischen Grund[14]: Der auf den verschiedenen Gebieten zu beobachtenden Umbildung zivilrechtlicher Institute zu solchen des öffentlichen Rechts würde als notwendige Folge eine Verschlechterung des Rechtsschutzes entsprechen. Um das zu vermeiden, hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 12. 3. 1918[15] den Grundsatz aufgestellt, daß § 13 GVG. dahin verstanden werden muß, daß als bürgerliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist, was nach der zur Zeit der Erlassung des GVG. geltenden Rechtsauffassung durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war. Um eine solche „bürgerlichrechtliche Streitigkeit kraft Herkommens" handelt es sich bei den Schadensersatzansprüchen aus öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen. Die Rechtsprechung hat in diesen Fällen daher mit Recht stets den Rechtsweg bejaht.

---

[11] Vgl. RGZ. 105, 192.

[12] Dieses Ergebnis kann, weil es zweckmäßig ist, konstruktiv in der hier gewählten Form dargestellt werden, daß der Herausgabeanspruch ein grundsätzlich privatrechtlicher, allerdings öffentlichrechtlichen Beschränkungen unterliegender Anspruch ist. Keineswegs kann aber umgekehrt aus der Begriffskontroverse über die materielle Natur des Anspruchs eine Folgerung für oder gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs gezogen werden.

[13] Vgl. Fleiner, a. a. O. S. 357.

[14] Köttgen, VerwR. S. 52.

[15] RGZ. 92, 314.

§ 12.

Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus staatshoheitsrechtlicher Haftung und öffentlichrechtlichem, vertragsähnlichem Verwahrungsverhältnis?

Die Rechtsprechung hat die Konkurrenz in den meisten Fällen bislang bejaht und jedenfalls in keiner Entscheidung ausdrücklich in verneinendem Sinne Stellung genommen (vgl. oben § 8 A II Anm. 6 und 4).

Diese Untersuchung ergibt — und das ist der praktischen Bedeutung wegen noch einmal hervorzuheben —, daß eine Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus staatshoheitlicher Haftung und aus öffentlichrechtlichem vertragsähnlichen Verwahrungsverhältnis in keinem Fall in Frage kommt[16]. Ob ein vertragsähnlicher öffentlichrechtlicher Schadensersatzanspruch anzunehmen ist, ist eine Frage der Lückenergänzung innerhalb des öffentlichen Rechts und setzt voraus, daß eine Lücke tatsächlich vorliegt. Das bedarf aber in jedem Falle einer besonderen Prüfung.

Wie praktisch bedeutsam dieses Ergebnis ist, zeigt ein Blick auf die Verschiedenheit der Rechtsfolgen beider Ansprüche[17]:

Der ungeschriebene Rechtssatz geht sehr viel weiter als die Staatshoheitshaftung; so entfallen insbesondere die Beschränkungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3, wonach die Haftung bei Fahrlässigkeit nur dann eintritt, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag und darüber hinaus ganz entfällt, wenn der Verletzte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden; dabei kommt es — weitergehend als nach § 254 BGB. — auf den Grad des Verschuldens nicht an. Zu beachten ist ferner, daß die Staatshaftung gegenüber einem Ausländer vielfach bei mangelnder Verbürgung der Gegenseitigkeit ausgeschlossen ist[18].

SCHLUSS.

An einem kleinen Ausschnitt aus der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, den öffentlichrechtlichen Verwahrungsverhältnissen, hat sich gezeigt, welche Vielfalt rechtlicher Probleme das heutige Verwaltungsrecht in sich trägt.

Die Auseinandersetzung mit den Rechtsanschauungen und -formen des bisherigen Verwaltungsrechts ist im Begriff, über die reine Kritik hinaus zu einer positiven Prüfung konkreter Fragen fortzuschreiten; dabei ist eine bestimmte Stellung einzunehmen zu den Grundfragen des heutigen Verwaltungsrechts, insbesondere der Rechtstellung des einzelnen dem Staat gegenüber. So lange aber diese allgemeinen Probleme noch

---

16 Innerhalb einer engeren Fallgruppe ebenso Arnswaldt, vgl. oben § 8 B II.
17 Vgl. Arnswaldt, a. a. O. S. 461.
18 Siehe hierzu im einzelnen Arnswaldt, a. a. O. Anm. 10.

nicht eindeutig geklärt sind[1], kann eine Einzeluntersuchung immer nur den Wert einer „Auflockerung der Grundfragen" haben.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist als Ergebnis der vorliegenden Auseinandersetzung hervorzuheben, daß eine spezifisch öffentlichrechtliche Betrachtungsweise sich durchaus noch nicht in allen verwaltungsrechtlichen Gebieten durchgesetzt hat; diese Entwicklung ist heute, beeinflußt durch ein neues Rechtsdenken, noch — zutreffender vielleicht: erneut — in vollem Fluß.

Für den Prozeß der „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht" ergibt sich als Prognose, daß dieses Problem mit zunehmendem Vordringen öffentlichrechtlicher Anschauungen endgültig seine Erledigung finden wird.

Die „Umbildungsprodukte" werden durch allgemeine Rechtsgedanken ersetzt, die, wie im vorliegenden Fall, im praktischen Ergebnis durchaus mit den bisher von der Rechtsprechung entwickelten Umbildungsformen übereinstimmen mögen.

Jedenfalls aber — und das ist das Entscheidende — ist ein als allgemeines Rechtsprinzip entwickelter und näher begründeter Rechtssatz von der formelhaften Starrheit befreit, wie sie typischen Umbildungsprodukten wie etwa „den in den §§ 688 ff. ausgeprägten allgemeinen Rechtsgedanken" anhaftet. Die praktischen Motive, die zur öffentlichrechtlichen Umbildung eines zivilrechtlichen Instituts wie der bürgerlichrechtlichen Gehilfenhaftung (§ 278) geführt haben, werden verständlicher, und das ist de lege ferenda von großer Bedeutung:

Wenn sich in absehbarer Zeit die Forderung nach der Schaffung eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts[2] durchsetzen sollte, so wird zu prüfen sein, ob ein allgemeiner Rechtsgedanke, wie er a u c h in § 278 zum Ausdruck gekommen ist, gesetzlich zu normieren ist. Das aber wird entscheidend von der Bewertung der insbesondere von Schack[3] aufgeworfenen Frage abhängen, ob der Ausdruck „in Ausübung öffentlicher Gewalt" in Art. 131 WV. zu streichen und etwa durch den Ausdruck „in öffentlichen Verrichtungen" zu ersetzen ist.

Damit wäre allerdings für den gesamten Bereich der öffentlichen Verwaltung eine einheitliche Haftungsbestimmung gewonnen, und es bedürfte insoweit keines Zurückgehens mehr auf ein allgemeines Rechtsprinzip, wie es sich u. a. auch in § 278 BGB. ausdrückt.

Vom Gebiet der vorliegenden Untersuchung aus ist jedenfalls Schacks Vorschlag zu befürworten, da sich im praktischen Ergebnis, von gewissen Abweichungen abgesehen (vgl. § 12), keine Unterschiede zu der bisher von der Rechtsprechung angenommenen Haftung ergeben würden.

---

[1] Vgl. z. B. oben § 9 C I b aa, bb.
[2] Dafür besonders Danckwerts, DVerw. 37, 76.
[3] Schack, ZBBR. 37, 78.

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN

Apelt, H.: Die Zulässigkeit des Rechtswegs. 1935.

Apelt, W.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. 1920.

v. Arnswaldt: Der Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung und staatshoheitsrechtlicher Haftung. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, n. F., 10. Jahrgang, 1933, S. 459 ff.

Best: Werdendes Polizeirecht. Deutsches Recht, 1938, S. 224 ff.

Bovensiepen: Haftung für Garderobe.

Brand: Beamtenrecht. 1928. 3. Aufl.

— Verantwortlichkeit und Haftung des Beamten nach Inkrafttreten des Deutschen Beamtengesetzes. Zeitschrift für Beamten- und Behördenangestelltenrecht, Bd. 8, Heft 1.

v. Canstein: Die öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Tragweite der strafprozessualen Beschlagnahme. 1931.

Danckwerts: Das Verwaltungsverfahren. Deutsche Verwaltung, 1937, S. 74 ff.

Degen: Verwahrungsartige Verhältnisse. Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt. 6. Jahrgang (1929). S. 81 ff.

Diehl: Die Voraussetzungen der Haftung des Staates für Pflichtverletzungen seiner Beamten in Ausübung öffentlicher Gewalt. 1929.

Delius: Beamtenhaftpflichtgesetze. 1929. 4. Auflage.

— Haftung für Diebstahl fremder Sachen in Geschäfts-, Dienst- usw. Räumen. Recht, 1920, S. 32 ff.

Ebert: Haftung der Stadtgemeinden für Beschädigung und Verlust der Garderobe u. dgl. der Beamten. Deutsche Juristenzeitung, 1922, S. 178 ff.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 1932. 12. Auflage.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1928. 8. Auflage.

— Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. 1906.

Frank: in: Deutsches Recht, 1934, S. 425 ff.

— Deutsches Verwaltungsrecht. 1937.

Friedländer, Dr. A. und *Dr. M.:* Kommentar zum Deutschen Gerichtskostengesetz. 1928.

Friedrichs: Schadensersatzansprüche gegen Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden nach Reichs- und Preußischem Recht. 1923.

Gierke, O. von: Die soziale Aufgabe des Privatrechts.

Giese, F.: Welche Maßnahmen empfehlen sich, um dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot sittenwidrigen Handelns auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Geltung zu verschaffen? Sonderabdruck aus dem Gutachtenband des 6. Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei. 1933.

Giese-Neuwiehm-Cahn: Deutsches Verwaltungsrecht. 1930.

Graff: Schuldiebstähle. Zentralblatt für Gemeindeverwaltung. 1925. S. 173 ff.

Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr: 1930.

Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.

— Schuldrecht.

— Das Problem der Rechtsgewinnung. 1932.

Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat. 1933.

Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen Deutschen Staat. 1935.

Hoeniger: in: Juristische Wochenschrift, 1925, S. 2491 zu Nr. 3.

Höhn-Maunz-Swoboda: Grundfragen der Rechtsauffassung. 1938.

Hofmann: Schadensersatzansprüche bei Schuldiebstählen. Gesetz und Recht, 1929, S. 117 ff.

Huber: Die Rechtsstellung des Volksgenossen. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 96, S. 440 ff.
— in: Deutsches Recht, 1935, S. 401 ff.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 1931.
Josef: Haftung der Gemeinde und des Staats für Schuldiebstähle und für Diebstähle an der Habe des Beamten. Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, 1929, S. 131 ff.
— in: Juristische Wochenschrift, 1929, S. 3034 zu Nr. 2.
Koellreutter: Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat. Deutsche Juristenzeitung, 1934, S. 625.
Koenig: Die allgemeine Fürsorgepflicht des Staates für seine Beamten. Beamtenjahrbuch, 1935, S. 587 ff.
— In welchem Umfange haften die Behörden für die von Beamten in die Dienstgebäude eingebrachten Sachen? Deutsche Verwaltungsblätter, 1936, S. 550 ff.
Köhler, v.: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. 1935.
Köttgen: Deutsche Verwaltung. 1936.
Laband: in: Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 68.
Leonhardt: Das Schuldrecht des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Besonderes Schuldrecht des BGB. 1930.
Löwe-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung. 1929. 18. Auflage.
Lohmann: in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 184.
Maunz: Die Enteignung im Wandel der Staatsauffassung. 1936.
— Verwaltung. 1937.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bände. 1. Auflage 1895; 3. Auflage 1924.
Meinzolt: Haftung des Staats bei Schuldiebstählen. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1921, S. 32 ff.
Mezger: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 417 ff.
Nolting: Die Geltendmachung öffentlichrechtlicher Ansprüche durch den privatrechtlichen Erwerber. 1937.
Oertmann: Anfängliches Leistungsunvermögen. Archiv für zivilistische Praxis, 20. n. F. S. 148.
— Die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis. Recht, 1922, S. 5 ff.
— Der Zufall bei der Werkverdingung. Grünhuts Zeitschrift 24, S. 1 ff.
Sattelmacher-Lentz: Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen. 1930.
Schack: Zur Frage der Beamtenhaftung. Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1932, S. 317.
— Die Haftung bei öffentlichrechtlicher Verwahrung. Reichsverwaltungsblatt, 56. Bd., S. 189 ff.
— Die Haftung des Staates und der Gemeinden für die von den Beamten in das Dienstgebäude eingebrachten Gegenstände. Beamtenjahrbuch 1935, S. 272 ff.
— „Auftrag" und „Geschäftsführung ohne Auftrag" im Verwaltungsrecht. Reichsverwaltungsblatt, 55. Bd., S. 221.
Schelcher: Recht und Gesetz. Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 56. Bd., S. 52 ff.
v. Schenk: Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts. ÖstöffRZ. 1914, S. 63 ff.
Schewe: Einziehung, Verfallerklärung, Konfiskation, Beschlagnahme und Sicherstellung. 1937.
Schmitt, Carl Hermann: Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre. 1935.
Schmitt, Carl: Die Auflösung des Enteignungsbegriffes. Juristische Wochenschrift, 1929, S. 495.
Schubert: Die polizeiliche Sicherstellung von Kraftfahrzeugen und ihre Freigabe. Die Polizei, 1937, S. 340.
Sprotte: Kann ein Strafgefangener den Staat vor den ordentlichen Gerichten auf Herausgabe seiner Sachen verklagen? Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 61. Bd., S. 68 ff.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. 9. Auflage. 1929.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 12. und 13. Auflage. 1926.
Strohal: Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Jherings Jahrbücher, 33. Bd., S. 386.
Ule: Das besondere Pflichtverhältnis und der Wandel der Staatsidee. Reichverwaltungsblatt, 1934, S. 649 ff.
Wagner: in: Juristische Wochenschrift, 1928, S. 1292 zu Anmerkung Nr. 8.
Weber: Die Entscheidung über den Kompetenzkonflikt. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 363 ff.
Weigert: Öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, n. F. 6. Jahrgang, 1928, S. 303 ff.
Weimar: Haftung des Staates bei Verwahrung beschlagnahmter Gegenstände durch Privatpersonen. Leipziger Zeitschrift, 1933, S. 912.
Zahn: Haftung der Gemeinde und des Staats für Schuldiebstähle und für Diebstähle an der Habe des Beamten. Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege, 1929, S. 181 ff.

Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen:

Archiv für zivilistische Praxis (ArchZivPr.).
Beamtenjahrbuch (BJB.)
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruch-Beitr.).
Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze (Bolze).
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer (WarnRspr.).
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Recht).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGE.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Deutsches Recht.
Deutsche Verwaltung (DVerw.).
Deutsche Verwaltungsblätter, Blätter für administrative Praxis (DVerwBl.).
Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung (FischZ.).
Gesetz und Recht, Zeitschrift für allgemeine Rechts- und Staatskunde (GesuR.).
Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung (HansGZ.).
Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JheringsJ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Leipziger Zeitschrift (LZ.) .
Die Polizei, Fachzeitschrift für das gesamte Polizeiwesen im Deutschen Reich.
Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (BOLGE.).
Schleswig-Holsteinischer Anzeiger (SchleswHolstAnz).
Reichsverwaltungsblatt (RVerwBl.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten (SeuffA.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (SeuffBl.).
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (WürttRpflZ.).
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (ZAR.).
Zentralblatt für Gemeindeverwaltung (GemeindeverwZBl.).
Zeitschrift für Beamten- und Behördenangestelltenrecht (ZBBR.).
Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR.).
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZStaatsW.).
Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut (GrünhutsZ.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (BayRpflZ.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (SächsArchRpfl.).

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 20. März 1914 als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Busch und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Melcher, in Hamburg geboren.

Von 1920 bis 1924 besuchte ich die Volksschule und trat dann in die Sexta des Kirchenpauer-Realgymnasiums ein. Nachdem ich hier am 8. Februar 1933 die Reifeprüfung bestanden hatte, wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Ich studierte an den Universitäten in Freiburg i. Br. und Hamburg und bestand vor dem Justizprüfungsamt des Hanseatischen Oberlandesgerichts am 16. Dezember 1936 das Referendarexamen.

Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, und zwar bei der Staatsanwaltschaft.

Joachim Busch.